

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

**LES CONTRATS
PAR CORRESPONDANCE
EN DROIT FRANÇAIS ET SUISSE**

THÈSE

**PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT**

par

Heidar Ali GHAFARI

de

TÉHÉRAN (IRAN)

THÈSE N° 520

**GENÈVE
IMPRIMERIE NATIONALE
1957**

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

LES CONTRATS PAR CORRESPONDANCE EN DROIT FRANÇAIS ET SUISSE

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

par

Heider Ali CHAFFARI

de

TÉHÉRAN (IRAN)

THÈSE N° 520



GENÈVE
IMPRIMERIE NATIONALE

1957

La Faculté de Droit, autorise l'impression de la présente
dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur
les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 17 janvier 1957.

Le doyen : Jean GRAVEN

Thèse N° 520

*Nous exprimons à Monsieur le professeur Walter YUNG,
toute notre gratitude pour la bienveillance qu'il nous a témoi-
gné dans l'élaboration de ce travail.*

BIBLIOGRAPHIE

- A. C. — Note sur le moment de la formation des contrats par correspondance, dans le *Dalloz* 1947, J. 113.
- A. T. F. — Arrêts du Tribunal Fédéral (Recueil officiel).
- Aubert — Du contrat par correspondance, thèse, Paris 1893.
- Aubry et Rau — Cours de droit civil français, Paris 1922, Tome IV et XII. 5^{me} édition.
- Barrault — Le silence créateur d'obligation, thèse, Lyon 1912.
- Baudry-Lacantinerie et Barde — Traité théorique et pratique de droit civil, Paris 1906, obligations, tome I et IV.
- Becker — Obligationenrecht, 2^{me} édition, Berne 1941.
- Béguelin — Fiches Juridiques Suisses. N^o 115, 116, 117, 118.
- Beudant — Les contrats et les obligations, Paris 1906.
- Beudant — Cours de droit civil français, 1936, tome VIII.
- Boistel — Cours de droit commercial, Paris 1890.
- Bonnecarrere et Laborde-Lacoste — Exposé méthodique du droit commercial français, Paris 1946.
- Bufnoir — Propriété et contrat, Paris 1924.
- Bufnoir et Challamel — Code civil allemand traduit et annoté, Paris 1904.
- Chabes — De la déclaration de volonté en droit civil français, Paris 1931.
- Cohen — Des contrats par correspondance en droit français et anglais et anglo-américain. Thèse, Paris 1921.
- Colin et Capitant — Cours élémentaire de droit civil français, Paris 1935, tome II, 8^{me} édition.
- Colin et Capitan — Cours élémentaire de droit civil français, 6^{me} édition, Paris 1931.

- Cohendy et Daras* — Code de commerce français annoté, Paris 1903, tome I.
- Cosentini* — Code International des Obligations annoté, Paris 1937.
- Cousin* — Des contrats entre absents, Thèse. Paris 1896.
- Daepfen* — Le Code Fédéral des Obligations, Zurich 1936, Traduction.
- Dalloz* — Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, Paris.
- Dalloz* — Code civil annoté, Paris 1901, 1905, tome II.
- Delamarre et Le Poitvin* — Traité de Droit commercial français, Paris 1861.
- Demogue* — Traité des Obligations en général, source des obligations, Paris 1923.
- Demogue* — Code Civil annoté. Paris 1936, tomes III et IV.
- Demolombe* — Cours de Code Napoléon, Paris 1882, tome XXIV.
- De Page* — Droit civil belge, Bruxelles 1934, tome II.
- Dourdin* — La preuve des contrats par correspondance. Thèse, Bordeaux 1903.
- Duma* — De la notification de la volonté, Paris Sirey 1930 (Thèse).
- Durenton* — Traité des contrats et des obligations en général, suivant le code civil français, Paris 1821, tome I.
- Estoppey* — Les contrats entre absents. Thèse, Lausanne 1924.
- Escarra* — Manuel de droit commercial, Paris 1948, tome II.
- Funk* — Commentaire du Code des Obligations suisse. Traduction française, Neuchâtel 1930.
- Gaudemet* — Théorie générale des obligations, Paris 1937.
- Geny* — Des droits sur les lettres missives, Paris 1911, tome II.
- Guhl* — Le droit fédéral des obligations suisse, traduction française, Zurich 1947.
- Habertisch* — Manuel de droit fédéral des obligations. Traduction française, Moudon 1886, tome I.
- Huc* — Commentaire théorique et pratique du Code civil français. Paris 1894, tome VII.
- Jacottet* — Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1884.
- Josserand* — Cours de droit civil positif français, Paris 1939, tome II.
- J. D. T.* — Journaux des tribunaux.
- Lacour et Bouteron* — Précis du droit commercial, Paris 1925, tome I.
- Larombière* — Théorie et pratique des obligations, Paris 1857, tome I.

- Laurent* — Principes de droit civil français, Bruxelles 1876, tome XV.
- Lyon - Caen et Renault* — Précis de droit commercial, Paris 1885.
- Lyon - Caen et Renault* — Traité de droit commercial, Paris 1921, tome III.
- Marcade* — Eléments du droit civil français, Paris 1848, tome IV.
- Marcaggi* — Etude sur le contrat entre absents, Thèse, Aix 1902.
- Mevorach* — De la formation des contrats en droit français. Thèse, Genève 1914-1915.
- Merlin* — Question de droit, Bruxelles 1828.
- Martin (Alfred)* — Le Code des Obligations, Genève 1922.
- Oser et Schonenberger* — Das Obligationrecht, Zürich 1922.
- Papazol* — Rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat. Thèse, Paris 1907.
- Petermann* — La promesse de vente immobilière. Etude précédée d'une théorie sur l'offre. Thèse, Lausanne 1921.
- Petit* — Du contrat par correspondance, Thèse, Paris 1891.
- Planiol, Ripert et Esmein* — Traité pratique de droit civil français, Paris 1930, tome VI.
- Ripert* — Traité élémentaire de droit civil français, de Planiol, Paris 1949, tome II.
- Pothier* — Vente et contrat. Paris 1847.
- Rivier* — Article sur le système de Windscheid dans la revue de droit international et législation comparées. Année 1872, tome IV, P. 535.
- Robert* — Des contrats par correspondance. Thèse, Dijon 1868.
- Rossel* — Manuel du droit fédéral des obligations. Lausanne 1920.
- Salle de la Marnière* — Note sur le moment de la formation des contrats par correspondance en droit français dans le Dalloz périodique 1938, I P. 65.
- Saleilles* — De la déclaration de volonté, Paris 1929.
- Saleilles* — De la responsabilité précontractuelle. Revue trimestrielle de droit civil français, 1907.
- Saleilles* — Théorie générale de l'obligation d'après le projet du code civil allemand, Paris 1923.
- Savatier* — Cours de droit civil, Paris 1944, tome II.
- Secrétan Roger* — Note sur la portée juridique du silence, dans le Journal des Tribunaux, 1946, P. 237 et suivantes.

- Schneider et Fick* — Commentaires du Code Fédéral des Obligations. Traduction française, Neuchâtel 1915.
- Sirey* — Recueil général des lois et arrêts, Paris.
- Surville* — Du contrat par correspondance, notamment dans les rapports internationaux, 1891.
- Toullier* — Le droit civil français suivant l'ordre du code, Paris 1830, tome VI.
- Valery* — Des contrats par correspondance, Paris 1894 (Cite Valery).
- Valery* — Note sur le caractère de l'offre et le moment de la formation du contrat. (Cite Valery, note de Dalloz, 1913, II, p. 1).
- Valery* — Note sur la portée juridique du silence. (Cite Valery, note Dalloz, 1908, II, p. 313).
- Visscher* — Du moment et du lieu de formation des contrats par correspondance en droit international privé. Revue de droit international belge, 1938.
- Voirin* — Note sur la portée juridique du silence dans le Dalloz, 1939, I, p. 23.
- Von Tuhr* — Partie générale du Code des Obligations suisse. Traduction française, Lausanne 1933.
- Worms* — De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations. Thèse, Paris 1891.

ABRÉVIATIONS

A.T.F.	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral.
Al.	alinéa.
art.	article.
B.G.B.	code civil allemand.
C.C.F.	code civil français.
C.C.S.	code civil suisse.
C.O.	code des obligations suisse.
C. Commerce	code de commerce français.
Cass. civil.	Arrêt de cassation de la Chambre civile de la Cour de cassation.
D.P.	Dalloz (Recueil périodique).
D.H.	Dalloz hebdomadaire.
F.J.S.	Fiches juridiques suisses.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. trib.	Gazette des Tribunaux.
J.d.T.	Journal des Tribunaux.
L.C.A.	Loi fédérale sur le contrat d'assurance, 2 avril 1908.
L.P.	Loi fédérale sur la poursuite pour dette et faillite.
L.P.F.	Loi fédérale sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile (du 22 novembre 1850, abrogée en 1948).
Req.	Arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation française.
S.J.	Semaine Judiciaire.
t.	tome.

INTRODUCTION

Depuis un siècle environ, en raison du développement des relations commerciales, on est obligé de recourir à des moyens qui permettent de conclure des contrats sans se déplacer, parce que les transactions qui, jadis, se faisaient entre les habitants d'une même ville, se font aujourd'hui d'un bout à l'autre du monde. Il ne saurait être question pour les parties de se déplacer. Elles traitent sans se voir et sans se connaître, par le simple échange de leurs consentements. C'est ce que l'on appelle « contracter entre absents ». La déclaration de volonté seule voyage, à l'aide d'un intermédiaire sans que son auteur se déplace.

Il y a différents moyens de contracter entre absents. Mais la méthode la plus simple, la plus usuelle et la moins coûteuse est la correspondance, autrement dit la conclusion du contrat par un échange de lettres. Dans ce cas, l'intermédiaire sera le plus souvent les postes et télégraphes.

Le moyen de transport n'a aucune importance, parce que le rôle de l'intermédiaire se borne seulement à un simple acte matériel : remettre la lettre ; la volonté de l'une des parties arrive ainsi à l'autre dans la même forme que son expéditeur lui a donnée.

Il peut en être autrement dans la correspondance télégraphique, car le destinataire ne reçoit qu'une copie — faite par les employés du télégraphe — de l'écrit qui leur est remis ; mais, au fond, ici encore, le rôle des employés est à peu près

mécanique ; il consiste à transcrire, aussi exactement que possible les paroles contenues dans l'écrit, de sorte que le contrat par lettre et le contrat par télégramme peuvent se ranger sous le terme unique de « contrat par correspondance ».

Nous voyons ainsi que la correspondance a facilité d'une façon considérable les affaires commerciales dans le monde, en permettant aux commerçants de transmettre sans se déplacer leurs propositions en tous lieux et à n'importe quelle distance. Cependant, cette manière de contracter a aussi, malgré ses avantages, certains inconvénients.

Tout d'abord, dans un contrat conclu par correspondance, doit-on permettre à l'auteur de l'offre de retirer sa proposition quand bon lui semblera ou bien doit-on admettre qu'il doit maintenir cette proposition pendant un certain temps, afin que l'autre partie ait la latitude d'accepter ? Ensuite comme dans un tel contrat, il s'écoule naturellement un certain temps entre le moment de la manifestation de volonté de la première partie et celui où la deuxième la connaît, il devient nécessaire de déterminer si le contrat est conclu au moment de la manifestation, de l'expédition, de la réception de l'acceptation ou au moment où cette dernière arrive à la connaissance de l'offrant. Enfin, comme souvent les parties habitent dans des contrées différentes, il est important de savoir où se trouve le lieu de la formation du contrat.

La question qui nous préoccupe en dernier lieu, c'est de savoir si les correspondances échangées entre les parties sont suffisantes pour prouver la conclusion du contrat entre elles.

Dans la présente thèse, nous essayerons de résoudre ces difficultés selon le droit français et selon le droit suisse. De plus, nous nous efforcerons de mettre en évidence les changements survenus dans la doctrine et la jurisprudence françaises sous l'influence des théories modernes.

CHAPITRE I

Définition des contrats par correspondance

Le contrat par correspondance est une forme du contrat entre absents.

Le contrat entre absents est un contrat qui se forme entre des personnes juridiquement éloignées l'une de l'autre ¹.

Le mot « absent » ne doit donc pas être pris ici dans sa signification ordinaire, vulgaire. Il faut comprendre « éloigné ». Mais le sens du mot « absent » est également bien différent ici du sens particulier et technique dans lequel on l'emploie en langage juridique, notamment aux articles 112 C.C.F. et 35 C.C.S.

Les contrats entre absents supposent les deux conditions suivantes :

1. Deux personnes éloignées l'une de l'autre, qui ne peuvent ni se voir, ni s'entendre.
2. Une période de temps qui sépare la question de la réponse.

Cependant, l'éloignement qui est ici visé, est un éloignement plus juridique que matériel. Par éloignement, il ne faut pas entendre que le contrat entre absents demande que les parties contractantes soient séparées par une distance considérable, parce que le droit se préoccupe moins de la distance qui sépare les parties que des obstacles qui les empêchent de se communiquer directement leurs volontés réciproques ². Autrement dit, le droit ne tient pas compte de l'éloignement matériel ; ce qui compte seul, c'est l'éloignement juridique. C'est ainsi que le contrat conclu entre deux personnes qui se trouvent dans la même ville, voire dans la même maison, peut être un contrat entre absents.

¹ Valéry, p. 2.

² Valéry, p. 2.

Nous voyons ainsi que des personnes habitant la même maison peuvent très bien, juridiquement, passer un contrat entre absents, à condition bien entendu, qu'elles échangent l'expression de leurs volontés par un moyen de transmission indirect.

Par contre, deux personnes éloignées l'une de l'autre peuvent, par une fiction légale, conclure entre présents. Ainsi un contrat conclu par un représentant est un véritable contrat entre présents, le représentant engageant valablement et juridiquement le représenté.

En conséquence, pour que le contrat soit un véritable contrat entre absents au sens juridique, il ne suffit pas que les parties soient éloignées de fait, c'est-à-dire, ne puissent ni se voir, ni s'entendre, il faut qu'elles soient éloignées en droit, c'est-à-dire que l'une des parties ne se fasse pas représenter auprès de l'autre.

Le contrat entre absents comme tout contrat suppose un accord entre deux ou plusieurs personnes et cet accord résulte de l'union de deux actes distincts, l'offre et l'acceptation. Parfois, des discussions destinées à établir l'entente entre les parties contractantes précèdent la convention.

Nous avons maintenant à établir si pendant cette phase préparatoire, les parties doivent obligatoirement être éloignées l'une de l'autre pour que l'on se trouve en présence d'un contrat entre absents ?

Certainement non ! Les parties peuvent parfaitement discuter ensemble des bases de leur contrat : par exemple, l'acheteur peut venir examiner la marchandise, discuter le prix et, ensuite, conclure la vente à distance.

L'offre peut également avoir lieu entre présents et le contrat se former entre absents ; c'est le cas par exemple si le vendeur « A » qui est venu proposer sa marchandise au domicile de l'acheteur « B », a laissé son adresse et que « B » n'ait accepté l'offre que plus tard et de loin.

De même, entre dans la catégorie des contrats entre absents celui qui permet au destinataire une acceptation tacite par voie d'exécution, à condition bien entendu que cette exécution ait lieu au loin.

Nous voyons ainsi que la notion du contrat entre absents suppose que les deux parties sont éloignées l'une de l'autre au moment où l'acceptant manifeste son accord.

Cet éloignement des parties nécessite l'intervention d'un intermédiaire pour permettre à l'expression de volonté de parvenir de l'une des parties à l'autre. C'est un élément nouveau, inconnu dans les contrats entre présents.

Ce facteur qui doit servir de communication entre l'offrant et l'acceptant peut revêtir différentes formes ; cependant, on peut toujours distinguer les deux catégories suivantes :

1. les intermédiaires inanimés. C'est le cas d'une lettre, d'un télégramme ou d'un moyen mécanique quelconque.

2. les intermédiaires animés et vivants ; c'est le cas du messenger.

Ceci nous permet de relever maintenant que tous les contrats entre absents ne sont pas des contrats par correspondance. En effet, les contrats conclus par l'intermédiaire d'un messenger particulier, ne sont pas des contrats par correspondance, quoique ce soient bien des contrats entre absents.

Notre étude portant uniquement sur les contrats par correspondance, nous n'étudierons pas cette seconde forme d'intermédiaire, à savoir celle où les déclarations de volonté sont transmises par un messenger d'ordre privé, chargé soit d'exprimer de vive voix au destinataire la volonté de celui qui l'envoie, soit de lui remettre l'envoi écrit qui la contient. Nous nous bornerons donc à étudier seulement la conclusion des contrats où les déclarations de volonté sont transmises par la poste et le télégraphe.

D'autre part, les contrats conclus par téléphone, qu'on les considère comme des contrats conclus entre présents — comme le fait le C.O. — ou comme des contrats entre absents, ne sont jamais des contrats par correspondance.

Ainsi, nous voyons qu'en définitive, le contrat par correspondance n'embrasse pas tous les contrats entre absents.

A ce point de notre développement, nous pouvons dégager une première définition.

Le contrat par correspondance est un contrat conclu entre des personnes non-présentes, par l'intermédiaire d'un moyen

de correspondance, c'est-à-dire par la poste ou le télégraphe.

Il faut ajouter que le but de la présente thèse est d'étudier le cas où la correspondance intervient dans le dessein de créer le lien de droit et non celui où elle a pour tâche de constater ou de confirmer un accord déjà existant.

Deux conditions sont donc nécessaires pour considérer un contrat comme conclu par correspondance :

- 1) Il faut qu'il soit conclu entre des personnes non-présentes, c'est-à-dire éloignées juridiquement l'une de l'autre.
- 2) Il faut que l'acceptation soit transmise par un mode de transmission qui mette un certain laps de temps entre l'acceptation et son arrivée à destination, transmission qui ne doit en aucun cas consister en l'envoi d'un message particulier.

Ces deux conditions doivent être précisées sur un point :

Ce n'est pas aux circonstances dans lesquelles l'offre de contracter est manifestée qu'il faut s'attacher pour décider si ces deux conditions sont remplies, mais bien à celles dans lesquelles se produit l'acceptation. Seule, l'acceptation est, en effet, décisive à cet égard.

Pour découvrir si le contrat en question est bien un contrat par correspondance, il faut donc rechercher si l'acceptation est manifestée entre personnes absentes et si elle est envoyée par un moyen de correspondance. Bien souvent, l'offre a lieu par correspondance, mais son destinataire part, et vient traiter directement avec l'offrant, le contrat ne peut plus être alors considéré comme un contrat par correspondance.

Il ne faut donc pas croire que les contrats par correspondance supposent toujours la transmission de l'offre et de l'acceptation par correspondance. Il est vrai, pourtant, que le plus souvent, l'offre et l'acceptation ont lieu par échange de lettres ou tout autre moyen ; c'est là une circonstance possible, mais pas du tout nécessaire pour l'existence des contrats par correspondance.

Encore une fois, disons qu'il suffit d'envoyer l'acceptation par un moyen de correspondance ; peu importe que l'offre soit ou non transmise de la même manière :

Exemple : « A » fait une offre verbale à « B » en lui donnant un délai pour réfléchir. « B » rentre chez lui et envoie ultérieurement son acceptation par la poste. Sans aucun doute possible, nous nous trouvons là en présence d'un contrat par correspondance alors même que l'offre a eu lieu entre présents.

En revanche, il ne peut y avoir de contrat par correspondance si l'offre seule a été transmise par lettre ou par télégramme et que le destinataire de cette offre se soit ensuite rendu chez l'offrant pour lui communiquer de vive voix son acceptation. Dans un cas semblable, nous sommes en présence d'un contrat entre présents.

Nous sommes à même maintenant de donner du contrat par correspondance une définition complète qui peut être exprimée ainsi :

Le contrat par correspondance est un contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes, juridiquement éloignées l'une de l'autre au moment de l'acceptation de l'offre et dans lequel l'acceptation a été manifestée par lettre ou par télégramme ou tout autre moyen inanimé, impliquant un certain délai de temps entre l'acceptation et son arrivée à destination.

CHAPITRE II

L'Offre

Section 1 : Généralités

L'offre est une déclaration de volonté dont le but tend à provoquer la déclaration de l'autre partie et à former le contrat ¹.

Si l'offre est acceptée sitôt formulée, ce qui se produira souvent entre personnes présentes, le contrat sera immédiatement formé. Si l'offre n'est pas acceptée immédiatement, on dit généralement qu'elle demeure à l'état de simple pollicitation ².

L'offre peut émaner aussi bien de celui qui veut devenir créancier que de celui qui a l'intention de devenir débiteur ³.

Les deux possibilités se confondent d'ailleurs sur la tête de chacun des contractants dans les contrats synallagmatiques :

l'offrant, après la conclusion du contrat, devient en même temps créancier et débiteur de son co-contractant ; il en est de même pour l'acceptant ⁴.

L'offre, par sa nature, doit précéder l'acceptation. On ne peut en effet, accepter une chose qui n'a pas été offerte ! Une acceptation sans l'existence d'une proposition préalable, n'a aucun sens.

Section 2 : Les conditions de l'offre

Nous savons que toute offre est une manifestation de volonté. Cependant, toute manifestation de volonté n'est pas une offre.

¹ Oser, rem. prélim. N° 5, art 3 à 10 ; Ripert, II, N° 344, p. 128 ; Savatier, II, N° 99, p. 49.

² Beudant, t. VIII, N° 72, p. 52.

³ Ce qui résulte des art. 3 ss. du C.O. ; Von Tuhr, p. 160. Baudry-Lacantinerie, Obligations N° 29, p. 41.

⁴ Von Tuhr, p. 160.

Pour être une offre véritable, une proposition doit posséder certaines qualités qui en feront une indéniable manifestation de volonté, en vue de former un contrat.

Je me rallie à l'opinion des auteurs qui estiment qu'une proposition faite aux fins de contracter ne constitue réellement une offre que lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1. L'offre doit être sérieuse, ferme et précise¹. Ainsi une proposition faite par plaisanterie ne constitue pas une offre, parce qu'il y manque le caractère de l'obligation ; celui qui l'énonce ne marquant pas une volonté sérieuse de s'obliger. Quant à la distinction entre l'offre sérieuse et l'offre non sérieuse, c'est une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation du juge.

En ce qui concerne les propositions renfermant les clauses « sans engagement » ou « sous réserve de confirmation », ainsi que toute réserve expresse, elles ne peuvent être considérées comme de véritables offres de contracter et ne lient pas leur auteur², celui-ci n'ayant pas l'intention bien arrêtée de s'engager. Ces clauses excluent toute volonté définitive et ne font des manifestations de volonté qu'elles affectent que de simples invitations à entrer en pourparler³.

Par conséquent, pour qu'il y ait offre de contracter, « il faut qu'elle ait été sérieusement voulue par celui qui l'a énoncée et qu'elle soit suffisamment explicite et précise pour que, d'une part, elle se distingue de la simple invitation à des pourparlers et que, d'autre part, elle puisse être d'emblée et unilatéralement acceptée par le destinataire »⁴.

¹ Guhl : le droit fédéral des Obligations, trad. fr., p. 82 ;
Ripert, II, p. 123 ;
Planiol, Ripert et Esmein, IV, p. 164.

² C.O., art. 7 ;
Ripert, II, p. 123.

³ Oser, rem. prélim. aux art. 3-10, N° 4.
Ripert, II, p. 123 ;
Req 22 avril 1903, D. 1904, I, 136, note Planiol ;
Req. 20 février 1905, s. 1905, I, 508.

⁴ Guhl : Le droit fédéral des Obligations, trad. fr., p. 82.

2. La proposition doit contenir tous les détails du futur contrat, exception faite de la déclaration d'acceptation qui doit venir s'y ajouter. Régulièrement, il manque encore à la conclusion que le *oui* de l'acceptant ¹.

Mais il est également possible que le destinataire de l'offre ait un certain choix entre différents objets de prestation ² par exemple : prestations alternatives, générale ou concernant la quantité ou certains détails sur la fixation des propositions éloignées ³ — soit : un spectateur commande simplement un billet à la caisse d'un théâtre ; en cette conjoncture, n'importe quel billet choisi par le caissier parmi tous ceux qu'il a à sa disposition sera visé. Le stationnement de taxis sur un emplacement signifie de la part du concessionnaire une offre identique. Le fait de monter dans l'une des voitures signifie alors l'acceptation ⁴.

Par conséquent, l'offre doit contenir tous les points objectivement essentiels du contrat en puissance, ainsi que les points secondaires sans lesquels l'offrant ne veut pas se lier ⁵.

3. L'offre doit atteindre le destinataire. C'est une déclaration de volonté qui doit être reçue ⁶.

En plus, il est nécessaire qu'elle parvienne à la connaissance du destinataire. Sinon, l'acceptation n'est pas concevable ⁷.

Il s'ensuit que le retrait de l'offre est possible avant que la dite offre ne soit parvenue à la connaissance du destinataire (art. 9, al. 1, C.O.).

¹ Oser, rem. prél. aux art. 3-10, C.O., note 3.
Béguelin, F.J.S., N° 115.

² Oser, rem. prél. aux art. 3-10, C.O. ;
Demogue, Obligations, II, 152.

³ Oser, rem. prél. aux art. 3-10, C.O. ;
Béguelin, F.J.S., N° 115.

⁴ Oser, rem. prél. aux art. 3-10, C.O. ;
Planiol, 2, N° 971.

⁵ Oser, rem. prél. aux art. 3-10, C.O.

⁶ Von Tuhr, I, p. 145 ;
Oser, rem. prél. aux art. 3-10, C.O. ;

⁷ Oser, rem. prél. aux art. 3-10, C.O. ;
Béguelin, F.J.S., N° 115.

4. « En général, l'offre est adressée à une personne déterminée et connue de l'acheteur »¹. Il est cependant possible que la personnalité du co-contractant n'importe pas et que le résultat économique seul entre en considération (art. 68 du C.O.)².

Il ressort de ce qui précède que l'offre peut être adressée à une personne inconnue ou à une personne encore indéterminée au moment de l'offre, comme dans l'article 8 du Code des Obligations, ou dans celui de l'automate ou encore dans le cas des assiettes chargées de petits pains ou de cigares posées sur les tables d'un café³.

En outre, l'offre peut être faite à une pluralité de personnes, de telle manière que chacune d'elle peut l'accepter, ou seulement celle qui notifiera son acceptation la première, ou encore celle qui fera la déclaration la plus favorable⁴.

Plusieurs offres identiques peuvent également être adressées à des personnes différentes ; dans ce cas, la conclusion du contrat dépend d'un nombre minimum d'acceptations comme c'est le cas, par exemple, de la souscription⁵.

Section 3 : Invitation à contracter

Par. 1 - L'envoi de tarifs, prix-courants et prospectus, de réclames ou d'annonces constitue-t-il une offre ?

Examinons si, dans ce cas, l'on se trouve en présence d'une véritable offre de contracter.

A notre avis, les tarifs, prix-courants, etc., ne peuvent constituer des offres. Admettre le contraire, serait mal interpréter la volonté de ceux qui lancent chaque jour de pareilles publicités.

¹ Von Tuhr, p. 160, note 6.

² Oser, rem. prélim. aux art. 3-10 du C.O., note 5.

³ Oser, rem. prélim. aux art. 3-10 du C.O., note 5.

Von Tuhr, p. 160 ;

Becker, rem. 5 ad. art. 7.

⁴ Oser, rem. prélim. aux art. 3-10 du C.O., note 5. ;

B.G.E., 45, II, p. 213 ;

A.T.F., 45, II, p. 162, 47, II, p. 208 ;

J.D.T. 1919, p. 485, J.D.T. 1922, p. 422.

⁵ Oser, rem. prélim. aux art. 3-10 du C.O., note 5. ;

Von Tuhr, p. 161, note 17.

La question exige une solution prudente. Admettre, en effet, que toute personne, destinataire d'une pareille proposition, puisse conclure un contrat par sa simple acceptation, sans égard aux circonstances de l'affaire et sans tenir compte de l'intention probable de l'offrant, serait une décision insuffisamment rationnelle. Il semble, par exemple, qu'« un prix courant n'indique pas quelle quantité l'expéditeur est prêt à livrer; et ce dernier n'ayant qu'un stock limité, on n'est pas en droit de supposer qu'il veuille s'obliger à livrer toute quantité qui serait commandée. L'offre faite sur la base d'une invitation de ce genre peut être refusée »¹.

De même, la mise au concours de travaux n'implique ni la conclusion d'un contrat avec les concurrents, ni la promesse de conclure un contrat d'entreprise avec l'un d'entre eux ².

Il en va encore de même dans le fait, pour l'autorité, de remettre aux soumissionnaires de travaux publics le règlement administratif concernant les soumissions; cette remise ne fait naître aucun droit individuel des entrepreneurs à l'observation de ce règlement et n'implique non plus un engagement d'attribuer les travaux éventuels à l'un des concurrents sur la base des prescriptions réglementaires. L'autorité demeure libre de ne confier l'ouvrage à aucun des soumissionnaires, lorsque leurs offres se révèlent exagérées.

D'après le Tribunal Fédéral, comme d'après le Droit des obligations suisses, les communications semblables ne sont pas des offres parce qu'elles n'ont point la précision voulue ³, mais de simples appels d'offres ⁴.

D'après Oser et Becker, ces opérations sont des invitations à contracter ⁵.

C'est pour cela que le C.O. suisse, dans l'alinéa 2 de l'article 7, dit :

« L'envoi de tarifs, de prix courants, etc... ne constitue pas une offre de contracter ».

¹ Von Tuhr, p. 161.

² A.T.F. 46, II, p. 369; J.d.F. 1921, p. 38.

³ A.T.F. 46, II, p. 369; J.d.T. 1921, p. 38.

⁴ Von Tuhr, p. 161.

⁵ Oser, rem. prél. aux art. 3-10; Becker, rem. ad. art. 1.

Par. 2 — *Distinction entre l'offre et l'invitation à présenter une offre.*

A. *Généralités.*

Cette distinction a une importance considérable, car l'offre donne à l'acceptant le droit de conclure le contrat en se déclarant d'accord sur les conditions proposées, alors que l'invitation à présenter une offre ne donne pas ce droit.

Les éléments qui composent l'invitation à présenter une offre sont inférieurs en nombre à ceux que doit renfermer l'offre. L'invitation à présenter une offre ne comporte pas, comme l'offre, tous les éléments essentiels du contrat que l'on propose à un tiers de conclure. Si, dans une offre, un de ces éléments fait défaut, on n'a plus à faire alors qu'à une simple invitation. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un marchand expose en vitrine certains objets, sans afficher leur prix. On se trouve en présence d'un appel d'offre (l'un des éléments essentiels du contrat, le prix, n'est pas fixé). Par contre, si les prix des objets sont affichés, c'est d'une véritable offre de contracter qu'il s'agit (art. 7, al. 3, C.O.).

L'appel d'offre peut être plus sommaire et ne comporter qu'un renseignements d'ordre général : par exemple, l'affiche « chambre à louer ».

B. *La solution d'après le C.O. suisse.*

Le C.O. suisse fait cette distinction dans l'article 7, alinéa 2 et 3.

Il ne considère pas comme une offre une proposition faite avec des réserves expresses ou sans l'intention bien marquée de s'obliger, donc une proposition purement conditionnelle. Il considère que, dans un tel cas, l'offrant n'ayant pas l'intention de s'obliger, ce qu'on appelle « offre » n'est qu'une simple proposition, c'est-à-dire une invitation à présenter une offre¹.

¹ Béguelin, F.J.S., N° 117.

Cette intention de ne pas s'obliger peut résulter :

1. D'une réserve expresse. Ce sera toutes les fois que l'offre contient des réserves telles que « sans engagement », etc. (art. 7, al. 1, du C.O.) ¹.

Il se trouve fréquemment de ces adjonctions dans les offres de valeur, faites par des banquiers ².

En général, ces réserves accompagnent l'offre ; mais elles peuvent aussi la précéder ou la suivre. Si elles la précèdent, aucune difficulté. Si elles la suivent, le C.O. précise que « si, étant arrivé postérieurement, il — le retrait — est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre », ce qui est prévu, ici, en effet, pour le retrait, est valable pour les réserves (déclaration limitatives) ³.

2. De la nature spéciale de l'affaire ou des circonstances (art. 7, al. 1, du C.O.) Il en est ainsi notamment lorsque le contenu de l'offre n'est pas suffisamment déterminé ou déterminable ⁴.

Ici également, la loi vient parfois en aide au juge et aux parties. Par exemple, d'après le C.O., la mise aux enchères dans le doute, est une manière de provoquer des offres (art. 229 et ss. du C.O.) ⁵, tandis que la promesse publique de récompense produit une offre obligatoire (art. 8 du C.O.).

Entrent notamment dans les affaires d'une nature spéciale, celles où la qualité du contractant est essentielle (recherche ou offre de place) ou lorsque l'offre est adressée à plusieurs personnes dont une seule peut accepter ⁶.

Nous entrevoyons maintenant combien il peut être parfois difficile de distinguer si l'on est en présence d'une offre ou d'une simple invitation à contracter.

¹ Oser, rem. prél. art. 3-10 C.O. rem. 9 ad. art. 7 ; Demogue, p. 550 ; Béguelin, F.J.S. No 117.

Guhl, Le droit fédéral des obligations, trad. fr., p. 82 ;
Funck, art. 7 ; Von Tuhr, I., p. 161.

² Habertisch, Manuel Droit Fédéral des Obligations, I, p. 156.

³ Oser, rem. 9 ad. art. 7 ; Béguelin, F.J.S. No 117 ;

⁴ Oser, rem. 10 ad. art. 7 ; Béguelin, F.J.S. No 117. ;

⁵ Guhl, le Droit fédéral des obligations, trad. fr., p. 86.

⁶ Béguelin, F.J.S. No 117.

C'est pour aplanir ces difficultés que le législateur suisse de 1911 a ajouté à l'article 7 ses actuels alinéas 2 et 3 qui précisent que :

« L'envoi de tarifs, de prix-courants, etc., ne constitue pas une offre de contracter ».

« Le fait d'exposer des marchandises, avec indications du prix, est tenu, dans la règle, pour une offre ».

Par cette mesure, le législateur n'a, d'une part, pas voulu reconnaître les « tarifs et prix courants, etc. » comme une véritable offre de contracter ¹ ; d'autre part, il a voulu nous donner les énonciations d'une offre valable ².

C. La solution en droit français.

En France, l'offre peut être faite aussi par l'envoi de circulaires, de prospectus, de prix-courants ou par la pose d'affiches ³, contrairement à ce que nous venons de voir en Suisse.

Ainsi, les commerçants qui, de n'importe quelle manière, portent à la connaissance du public les conditions auxquelles ils sont prêts à conclure des contrats, « sont dans un état permanent d'offre à l'égard du public » ⁴. Ces offres, une fois acceptées, se trouveront transformées en contrat obligatoire ⁵. En un mot, une offre adressée au public, de quelque façon que ce soit, par prospectus, affiches, annonces, etc., a le même effet qu'une offre adressée à une personne déterminée ⁶.

¹ Art. 7, al. 2, C.O.

² Art. 7, al. 3, C.O.

³ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, N° 30, p. 42 ;
Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, No 142, p. 184 ;
Colin et Capitant, t. II, N° 29, p. 2.

⁴ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, N° 30, p. 42.

⁵ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, N° 30, p. 42 ;
Aubry et Rau, t. IV, par. 343, p. 480, note 7 ter ; Laurent, XV,
N° 474, p. 545 ; Valéry, N° 225-226. Cependant, d'après Valéry, il
n'en est pas ainsi lorsqu'il résulte des termes de l'annonce ou de la
nature du contrat proposé, que l'offrant n'entend traiter qu'avec une
personne de sa connaissance ; Valéry, N° 230.

⁶ Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, N° 142, p. 184 ; Colin et Capitant,
t. II, N° 29 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, N° 30,
p. 42 ; Josserand, t. II, N° 44, p. 30.

1. La jurisprudence française a considéré comme une véritable offre de contracter les annonces faites par les négociants sur les conditions de leur commerce.

Les négociants sont, par ce genre d'annonces, en état d'offres permanentes envers le public et, tant qu'ils n'ont pas retiré leurs propositions il s'ensuit que la demande, conforme aux conditions stipulées, a la valeur d'une acceptation et forme le contrat ¹.

2. Les commerçants qui exposent à l'étalage de leur magasin des marchandises portant indication visible des prix, font une offre en bonne et due forme au public. Aussitôt qu'une personne, n'importe laquelle, se présente dans le but de payer le prix indiqué, un contrat de vente naît entre elle et les pollicitants, de telle sorte que ces derniers ne peuvent plus, en principe, refuser de livrer l'objet en question ². Toutefois, il en est autrement si, suivant les circonstances, le commerçant peut être considéré comme ayant eu l'intention de présenter à la clientèle un modèle ou un échantillon de ses articles et de lui offrir seulement un article identique, exemple : robe habillant un mannequin à la devanture d'un magasin ³.

3. Il a été jugé qu'une compagnie de tramways, en publiant l'itinéraire de ses voitures, l'horaire, le prix, l'indication des points d'arrêts, présente au public de véritables offres de transport qui, dès l'instant où elles ont été acceptées, deviennent un contrat de transport parfait, formé par le consentement réciproque des parties (compagnies et public) ⁴.

¹ Planiol, Ripert et Esmein, t. II, N° 971, p. 374 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, N° 30, p. 42 ; Laurent, t. XV, N° 474, 545 ; Huc, t. VII, N° 15, p. 26.

² Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, N° 184, p. 185 ; Trib. comm. Seine, 5 janvier 1869, D. 69, 3, 14, S. 69, 2, 24 ; Beudant, t. VIII, N° 78, p. 56.

³ Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, N° 184, p. 185 ; Trib. comm. Seine, 28 mai 1921, D. 1923, 152 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, N° 30 ; Josserand, t. II, N° 44, p. 30 ; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, N° 142, p. 185.

⁴ Bordeaux, 8 mars 1881, D.P. 1882, II, 110 ; 1902, D. 1902, II, 346 ; Laurent, t. XV, N° 474, P. 544.

4. Il a été jugé encore que le fait, pour le conducteur d'une voiture publique, de stationner sur une place ou une rue, constitue une offre à tous les voyageurs, de telle sorte que l'un quelconque d'entre ceux-ci a le droit de s'introduire dans la voiture en payant le prix demandé sans que cet acte puisse être considéré comme une voie de fait ; c'est simplement la conclusion du contrat offert ¹.

5. « Mais en revanche, il a été jugé que les individus qui stationnent dans les endroits où l'on se rend selon l'usage pour engager des domestiques ou des ouvriers, ne font d'offres précises à personne ; ils se réservent leur pleine liberté pour choisir la partie avec laquelle ils traiteront »².

« S'ils en est autrement », comme nous l'avons vu, « pour le stationnement des voitures publiques destinées au transport des voyageurs, c'est que toutes les conditions du contrat sont déterminées par les règlements et que la considération des personnes est indifférente »³.

6. L'hôtelier ou l'aubergiste qui annonce le prix des chambres fait également une offre véritable au public, offre qui n'attend qu'une acceptation pour se transformer en contrat ⁴.

Mais il se pose ici une question :

Pourrait-on imposer à l'hôtelier, par exemple, l'obligation de mettre des chambres à la disposition des demandeurs éventuels et, en cas d'inexécution le faire condamner à payer des dommages-intérêts ?

En d'autres termes, peut-on admettre que, dans certains cas l'acceptation du public n'a pu former aucun contrat et que, par conséquent l'auteur de l'offre n'est pas tenu ?

Supposons, par exemple, le cas où toutes les chambres ou tout au moins toutes celles au prix fixé par le tarif et visées

¹ Planiol, *Traité El.* 2me éd., p. 374, N° 971 ; Trib. de paix du XIV^e arrondissement de Paris, 5 janvier 1882, III, 110 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, N° 30, p. 42 ; Beudant, N° 82 ; Aubry et Rau, t. IV, par. 343, Note 7 ; Planiol, t. II, N° 971, p. 374.

² Planiol, *Traité El.*, 2me éd., N° 971, p. 374 et 375.

³ Planiol, *Traité El.*, 2me éd., N° 971, p. 374 et 375.

⁴ Demogue, *Obligations*, II, p. 154 ; Beudant, t. VIII, N° 79, p. 57.

par l'acceptation, soient louées et que, par conséquent, l'hôtelier se trouve dans l'impossibilité de satisfaire à la demande.

Doit-on toujours prétendre que son offre publique soit valable, même dans ces circonstances particulières et que le contrat est tout de même formé ?

La doctrine et la jurisprudence récentes, sous l'influence de l'usage et de la nécessité pratique, considèrent que l'offrant n'est pas obligé lorsque l'offre contient des réserves portées à la connaissance du public. Ces réserves peuvent être tacites et résulter du caractère de l'offre ¹.

a) *Réserve expresse.*

C'est le cas lorsque l'offrant manifeste cette réserve expressément, disant par exemple que sa proposition n'est valable et ne peut être acceptée que tant qu'il reste des chambres disponibles et que, dans le cas contraire, aucun contrat ne pourra être conclu.

b) *Réserve tacite.*

Ici, la réserve n'est pas formellement exprimée par l'offrant, mais elle peut être déduite des circonstances de l'affaire ou de la nature du contrat lui-même.

Exemples : le commerçant qui, faisant une offre publique, n'entend offrir que jusqu'à épuisement du stock.

Un garagiste offre ses voitures en location à Fr. 30,— par jour. Quelqu'un accepte en offrant de payer le prix demandé ; mais comme cette personne a l'intention d'effectuer un trajet dangereux, le garagiste refuse, prétendant ne louer ses voitures que pour un usage normal et courant, non pas pour des courses dangereuses.

Un marchand de tissus offre, dans un but de réclame, la vente d'une certaine marchandise à un prix inférieur au prix courant. Il entend, bien entendu, vendre au détail, car, dans

¹ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, N° 30, p. 43 ;

Aubry et Rau, t. IV, p. 480 ;

Req. 22 avril 1903, D. 1904, I, 136, note Planiol.

le cas contraire, son moyen de réclame serait inefficace¹. Toute acceptation donnée dans ces conditions serait capable de former un contrat. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'acceptation soit tout à fait conforme à l'offre. Le pollicotant a donc le droit, en vertu des réserves portées à la connaissance du public, de refuser toute vente en gros, comme non conforme à sa proposition.

Il n'est donc pas nécessaire que ces réserves aient été expressément faites, puisqu'une réserve tacite serait toujours valable, étant sous-entendu qu'elle pouvait de toute évidence se déduire des circonstances ou de la nature du contrat. Cette idée de réserve expresse ou tacite est nécessaire, en ce sens qu'elle apporte un correctif à la pleine validité des offres faites en public, en droit français.

Nous voyons qu'avec cette théorie de la réserve tacite, créée par la doctrine et la jurisprudence françaises dominantes, le droit, en France, atteint le but que le législateur suisse a recherché, en annonçant dans l'article 7, alinéa 2 du Code des Obligations que :

« L'envoi de tarifs, de prix courants, etc., ne constitue pas une offre de contracter. »

Section 4 : L'offre est-elle obligatoire ?

Par. 1 - Généralités

Nous allons examiner ici si l'offre présente un caractère obligatoire, autrement dit, si l'offrant est lié par sa proposition.

Entre absents, il est admis que la volonté de l'offrant une fois manifestée, persiste jusqu'à ce qu'une circonstance déterminée vienne la faire tomber. C'est ce caractère de continuité que l'on exprime en disant : « l'offrant est liée par son offre », ce qu'il convient de traduire par « il est tenu de la maintenir ».

¹ Req. 3 janvier 1882, D. 1883, I.P. 105 ; 20 avril 1903, D.P. 1904, I.P. 135 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, I, N° 30, p. 43 ; Aubry et Rau, IV, par. 343, p. 480 ; Trib. comm. Seine, 15 juin 1869, D.P. 1869, III, 55.

L'offre n'a pas la même qualité en France qu'en Suisse. En Suisse, l'offre est obligatoire ; par contre, en France, il en va tout autrement.

Par. 2 - *Solution en droit français*

D'après le droit français, l'offre par elle-même ne crée pas un lien juridique. En effet, si l'on se réfère à la majorité de la doctrine, une convention ne peut prendre naissance que d'un accord de volonté, tandis que l'offre n'est l'œuvre que d'une seule personne. Dès lors, l'offrant peut rétracter son offre quand il lui plaît, sauf convention contraire, et jusqu'à la formation du contrat ¹.

Par conséquent, si l'offrant vient à mourir, s'il devient incapable, ou s'il exprime une seconde volonté contraire à la première, l'offre devient caduque, du seul fait que son auteur ne peut ou ne veut pas la maintenir ².

Le droit français ne reconnaît ainsi aucune offre obligatoire ³.

Quelques auteurs français, tout de même, pour éviter les conséquences fâcheuses que peut entraîner l'application de ces principes, estiment que l'offrant doit accorder un délai raisonnable pour que la partie co-contractante ait le temps de réfléchir et de se décider ⁴.

¹ Req. 16 avril 1861, s. 1862, I, 201 ; 11 décembre 1901, D.P. 1903, I, 114 ; Civ. 2 décembre 1919, D. 123, I, 126 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, No 31, p. 44 ; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, No 131, p. 171 ; Josserand, t. II, No 47, p. 31 ; Demogue, t. II, p. 559 ; Beudant, t. VIII, No 72, p. 52 ; Colin et Capitant, t. II, No 28, p. 26-27 ; Aubry et Rau, IV, par. 343, p. 481.

² Cassation, 16 avril 1861, s. 1862, I, p. 201 ; Bordeaux, 17 janvier 1870, D. 1871, II, p. 26.

³ Laurent, t. XV, No 469, p. 540 ; Aubry et Rau, t. IV, par. 343, p. 481 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, I, No 31, p. 44 ; Planiol, t. II, No 981, p. 377.

⁴ Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, No 134, p. 178 ; Demogue, II, No 568, p. 208 ; Valéry, Contrat par correspondance, p. 192 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, I, No 36, p. 56 ; Beudant, t. VIII, No 74, p. 54 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, No 15, p. 11, Escarra, t. II, No 981, p. 580.

Cette doctrine justifie son opinion de la manière suivante : on doit exiger au nom de l'équité et de la sécurité commerciales, que l'offrant laisse un délai normal à l'autre partie pour son temps de réflexion et de décision ¹.

Cette théorie nouvelle fait admettre que tout offre contient un engagement tacite de non-révocation pendant un certain temps permettant la réponse.

Par. 3 - *Solution en droit suisse*

Le C.O. préconise une autre solution sur ce point. Il déclare dans son article 5, al. 1 et 3 (alinéa 1), que l'offre est obligatoire ².

Il considère l'offre non encore acceptée comme créant un lien juridique ; l'offrant est lié, de sorte qu'il ne peut rétracter son offre pendant un certain délai ³. Puis, le délai une fois expiré, l'offre tombe de plein droit, sans qu'il ait besoin de la retirer ⁴.

Cependant, la force obligatoire de l'offre n'est pas la même pendant tout le temps que court le délai.

Dans une première période, qui va de la manifestation de la volonté du pollicitant jusqu'à la connaissance qu'en prend le destinataire, l'offre est révocable sous certaines conditions :

« ... si le retrait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire, ou si, étant arrivé postérieurement, il est communiqué au destinataire avant que celui-ci ait pris connaissance de l'offre »⁵.

Dans une deuxième période, qui va de la connaissance que l'acceptant prend de l'offre jusqu'au moment où l'acceptation devait normalement arriver chez l'offrant, la force obligatoire de la proposition est absolue ; aucune rétractation n'est possible.

¹ Baudry-Lacantinerie, ,I No 36, p. 56.

² Von Tuhr, p. 164.

³ Von Tuhr, p. 164.

⁴ A.T.F. 12, p. 649.

⁵ Art. 9, al. 1, C.O.

C'est la loi qui donne à l'offre le caractère obligatoire (sans même qu'il soit voulu par le pollicitant), mais en vertu de l'article 7 du C.O., l'auteur de l'offre a la faculté d'exclure cette portée par une déclaration en ce sens. Il peut se réserver le droit de révoquer son offre jusqu'à l'expédition ou l'arrivée de l'acceptation, ou même le droit de prendre librement une décision après cette arrivée ¹.

«La force obligatoire de l'offre donne au destinataire, pendant un certain temps, la faculté de rendre le contrat parfait, même contre la volonté du pollicitant. Ce pouvoir, qu'on ne saurait lui enlever, peut être considéré comme un droit formateur générateur (*begründendes Gestaltungsrecht*). Il est intransmissible, à moins que l'offre ne soit formulée aux fins d'être acceptée par le destinataire ou par un tiers » ².

Nous n'approfondissons pas davantage cette question, car elle sera examinée d'une façon plus détaillée dans le chapitre suivant.

¹ Von Tuhr, I, p. 164.

² Von Tuhr, I, p. 164-165.

CHAPITRE III

Extinction de l'offre

« L'offre s'éteint par la rétractation, par défaut de réponse à l'expiration du délai, par le refus, par l'acceptation et, exceptionnellement par la mort ou l'incapacité de l'une des parties ¹.

Section 1 : La rétractation

Il se peut que celui qui a fait une offre la regrette et veuille retirer sa proposition. En pareil cas, nous voulons savoir jusqu'à quel moment il est permis à l'offrant de rétracter son offre ².

Il est bien évident que le contrat, une fois formé, ne peut être rompu par la volonté de l'une des parties seulement ; tout retrait de l'offre postérieur à ce moment est dépourvu d'effet ³.

Nous savons déjà que l'on peut admettre la rétractation si le retrait en parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre, ou si, étant arrivée postérieurement, celui-ci est communiqué au destinataire avant que ce dernier ait pris connaissance de l'offre. Le destinataire ne saurait, en effet, faire acte d'acceptation valable puisqu'il prend connaissance de la révocation avant ou en même temps que de la proposition et, de ce chef, n'a subi aucun dommage ⁴.

¹ Estoppey, thèse No 69.

² Petit, thèse, p. 191.

³ Petit, thèse, p. 191.

⁴ Petit, thèse, p. 192.

Nous retrouvons la même disposition dans l'article 9 du C.O. ainsi que la doctrine et la jurisprudence française¹.

« Supposons maintenant que la lettre de révocation n'arrive qu'un certain temps après la lettre d'offre »².

Nous cherchons alors à savoir si cette rétractation est efficace et empêche le contrat de se former, autrement dit, si l'offre est un acte révocable ou irrévocable.

Cette question sera examinée selon que l'offre est ou n'est pas accompagnée d'un délai dans les contrats par correspondance.

Section 2 : L'offre accompagnée d'un délai dans les contrats par correspondance

Par. 1 - Généralités

La question est de savoir si l'offre accompagnée d'un délai concernant l'acceptation, délai fixé par l'offrant, peut ou ne peut pas être retirée avant l'expiration de ce délai.

Il est clair qu'il n'y a pas de difficultés à prévoir lorsque les parties, d'un mutuel consentement, ont voulu faire de l'offre un acte révocable. La disposition ne vise pas le cas où les parties contractantes ont eu le soin de déterminer les caractères et les modalités de leurs engagements.

Mais, dans la pratique, les choses ne se passent pas ainsi. Les parties n'ont ni le soin, ni la prévoyance de conclure des conventions spéciales pour régler et déterminer l'effet de leurs manifestations de volonté.

C'est donc dans les cas où les parties n'ont pas réglé tous ces points que les divergences d'opinion se font sentir et que la discussion commence. Le Code civil français ne contient aucune

¹ Bordeaux, 13 juin 1853, D.P. 1855, II, 342 ; 17 janvier 1870, D. 1871, II, 961 ; Nîmes, 4 mars 1908 ; S. 1910, II, 106 ; Toulouse, 3 juin 1901, D. 1902, II, 16 ; Colin et Capitant, II, No 28 ; Demogue, II, No 557, p. 182 ; Planiol, Ripert et Esmein, VI, No 131, p. 171 ; Aubry et Rau, IV, par. 343 ; Lyon-Caen et Renault, III, No 15, p. 10 ; Paris, 31 mai 1937, D.H. 1937, p. 431 ; Note de Salle de la Manière, D.P. 1933, I, p. 65.

² Petit, thèse p. 192.

disposition sur ce sujet tandis que la question est réglée par l'article 3 du Code des Obligations suisse.

Par. 2 - *L'offre accompagnée d'un délai en droit français*

Pour trouver une solution en ce qui concerne l'offre accompagnée d'un délai, en France, nous sommes obligés de recourir à la doctrine et à la jurisprudence. A ce sujet, nous rencontrons des théories fort diverses.

. a) *La théorie contractuelle classique.*

D'après cette théorie, l'offrant a le droit de révoquer sa proposition, jusqu'au moment où l'acceptation du destinataire viendra s'y joindre pour créer un lien de droit ¹.

Avant l'acceptation, l'offre est un acte qui ne saurait obliger son auteur. Le pollicitant peut changer de volonté et empêcher ainsi, par une manifestation de volonté contraire à la première, la formation d'un contrat qu'il ne veut plus conclure.

En accordant au pollicitant le droit de révoquer, les partisans de cette théorie estiment que, dans ce cas, aucune convention, n'a été passée entre le pollicitant et le destinataire de l'offre, qu'aucun lien juridique n'est venu lier le premier et que le proposant, étant libre de toute obligation, est libre de révoquer sa proposition tant qu'elle n'est pas acceptée par le destinataire.

L'acceptation définitive, dans ce système, n'intervient que lorsque le contrat est formé par la jonction des deux déclarations, soit au moment où le pollicitant prend connaissance de l'acceptation. Jusqu'à cet instant précis, l'offre peut être retirée.

Cette théorie, en accordant au pollicitant la faculté de révoquer impunément son offre est absolument désastreuse pour la stabilité et la sécurité des affaires commerciale et se trouve être, de plus très désavantageuse pour le destinataire, le

¹ Larombière, T.I. art. 1101, No 13, p. 11 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, No 31, p. 44 et 51 ; Valéry, p. 170 et ss. ; Lyon-Caen et Renault, t. III, No 15, p. 10.

pollicitant tenant en mains les intérêts de l'acceptant. Celui qui reçoit une offre accompagnée d'un délai pour accepter ne peut avoir la certitude que la proposition ne sera pas révoquée pendant la durée du délai fixé.

Larombière, qui est un des partisans de cette théorie, justifie les solutions présentées de la manière suivante :

« La pollicitation est un acte unilatéral et peut être utilement rétractée. La personne à laquelle elle a été adressée a le droit de poursuivre la réparation du préjudice que cette rétractation lui cause » ¹.

b) *La théorie de l'irrévocabilité de l'offre accompagnée d'un délai.*

Selon la doctrine dominante en France ² : « L'offre accompagnée expressément ou tacitement d'un délai ne peut être retirée impunément ; on considère l'offrant comme tenu, pourvu que l'acceptation se produise dans le délai fixé...

« ...l'offrant serait tenu de maintenir son offre pendant tout le délai, de sorte que la rétractation survenue avant le terme fixé serait inopérante ; la volonté première serait considérée comme subsistant encore et l'acceptation faite dans le délai opérerait la conclusion du contrat. Dans ce système, la partie qui a reçu l'offre a le droit d'exiger l'exécution du contrat, notamment la livraison des marchandises (cf. Worms, p. 177). Si elle ne l'obtient pas on la traite comme dans le cas où le contrat réellement formé, serait resté ensuite sans exécution » ³.

Ainsi donc, cette doctrine admet que, dans le cas où l'auteur de l'offre a accordé un délai pour accepter, sa proposition est irrévocable. Le contrat se formera malgré la rétractation de l'offre, si l'acceptation intervient avant que le délai fixé ne soit expiré.

¹ Larombière, t. I, art. 1101, No 14, p. 12.

² Aubry et Rau, t. IV, par. 343, p. 481 ; Demolombe, t. XXIV, No 65 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, No 33 ; Demogue, t. II, No 559 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, No 15, p. 8.

³ Planiol, Traité Elém., 2me éd., p. 377-378.

Demolombe, qui est l'un des partisans de cette théorie, nous donne l'exemple suivant pour la justifier¹ :

« Mais, si, au contraire, on suppose que le commerçant de Marseille a reçu la lettre par laquelle le commerçant de Paris a fait l'offre, en s'engageant à attendre l'acceptation pendant un délai de huit jours... »

Demolombe justifie l'irrévocabilité de l'offre de la manière suivante :

« Dès le moment où le commerçant de Marseille a reçu cette lettre pour laquelle un délai de huit jours lui était accordé, il doit être présumé avoir accepté cette partie de la proposition qui est tout entière à son avantage et qu'il n'a aucun intérêt à refuser ; d'autant plus que par cela même il ne répond pas, il est vrai de dire qu'il use du délai que l'offrant lui a concédé pour réfléchir avant d'accepter. D'où il suit que si, en effet, il accepte avant le délai expiré, de huit jours, la convention sera formée, lors même qu'au moment où il acceptait, l'offre aurait été retirée par celui qui l'avait faite »².

Donc, c'est sur la base d'un lien contractuel que cette théorie établit l'obligation pour le pollicitant de ne pas retirer son offre. Pour que l'offre se transforme en un contrat, il faut que le destinataire accepte. Cet acte, jusqu'alors stérile, prend la forme d'un lien obligatoire.

D'après la théorie de Demolombe, le pollicitant fait deux propositions distinctes, se complétant l'une et l'autre :

1. Une proposition pure et simple.
2. Une proposition par laquelle il accorde un délai pour accepter à l'autre partie.

La première est la principale qui, une fois acceptée, donnera lieu au contrat projeté et l'autre est l'accessoire, par laquelle il s'engage à maintenir la première jusqu'à la fin du délai accordé.

Mais la seconde proposition est-elle toujours une simple offre dénuée de tout effet ?

¹ Demolombe, t. XXIV, No 65.

² Demolombe, t. XXIV, No 65, p. 61.

Non, répondent les partisans de la dite théorie, et ils s'efforcent de démontrer que cette proposition accessoire, dès qu'elle parvient à la connaissance du destinataire, se transforme immédiatement en un véritable contrat, capable de lier l'offrant. Comment cela est-il possible ?

Le destinataire reçoit l'offre. Il ne répond pas ; il réfléchit et garde le silence. Etant donné que cette proposition est tout à fait à son avantage, elle peut être acceptée par le simple silence¹. En cette occurrence, le silence est un acte qui a, sans ambiguïté, une signification : il vaut acceptation. On est en présence « d'un contrat de proposition ». Un contrat naît de la proposition accessoire du pollicitant et du silence de l'acceptant.

Worms, justifie cette idée de l'irrévocabilité de l'offre accompagnée d'un délai de la façon suivante² :

Il considère la déclaration unilatérale de volonté comme une source d'obligation pour son auteur. D'après lui, une proposition lie celui qui l'a faite vis-à-vis de celui qui l'a reçue. Il estime que l'offre accompagnée d'un délai forme un tout que l'offrant est obligé ipso facto de maintenir. Toute révocation, pendant le délai, sera inopérante ; par conséquent, si l'acceptation arrive à temps, le contrat est formé, indépendamment du retrait et l'offrant est tenu à la prestation positive. L'acceptant a le droit de réclamer l'exécution forcée du contrat contre son débiteur récalcitrant et d'obtenir la livraison de la marchandise³.

Planiol et Ripert critiquent cette théorie et trouvent ses conséquences tout à fait fâcheuses. D'après eux⁴ :

« ... la doctrine d'après laquelle le contrat serait formé, malgré la révocation, conduit à dire que le révoquant peut lui-même invoquer cette formation ; ce qui, dans les contrats qui, par leur seule formation transportent

¹ Ci-dessous P.

² Worms, De la volonté unilatérale comme source d'obligations, thèse, Paris 1891, p. 176.

³ Worms, p. 177.

⁴ Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, No 132, p.174.

les risques d'une chose d'une partie à l'autre, lui permettrait malgré sa révocation, de mettre la perte de sa chose à la charge de l'acceptant ».

Ils trouvent cette conséquence inadmissible, comme contraire à la bonne foi ¹.

Ils estiment que le contrat peut être déclaré conclu par le juge, mais seulement sur la demande de l'acceptant et à titre de dommages et intérêts ².

Enfin, d'après Laurent, l'offre n'oblige pas le pollicitant mais il peut se lier en donnant un délai ; dans ce cas, il perd la possibilité de rétracter son offre ³.

b) Système de la jurisprudence française.

C'est la jurisprudence française qui a élaboré dans des applications multiples le système de l'irrévocabilité de l'offre accompagnée d'un délai ⁴.

L'offre, comme acte stérile, n'existe plus en France. Elle est devenue un acte juridique. Peu à peu, la jurisprudence lui a donné le caractère d'un acte dont les effets sont reconnus, dont l'existence, par le fait de sa perfection, devient indépendante de celui qui l'a fait. C'est un fait définitif sur lequel l'offrant est sans pouvoir.

Nous voyons ainsi que la déclaration de volonté, qui était un fait juridique, étant émise en vue de créer un rapport de droit, est devenue en outre, un acte juridique depuis que la jurisprudence lui reconnaît les effets voulus ⁵. Ce dernier caractère amène des conséquences dont la principale est l'irrévoca-

¹ O.P. Cit.

² O.P. Cit.

³ Laurent, t. XV, No 476.

⁴ Req. 28 février 1870, D.P. 1870, I, 61 ; 27 juin 1894, D.P. 1894, I, 432 ; Bordeaux, 29 janvier 1892 ; D.P. 1892, II, 390 ; Lyon, 17 décembre 1917, s. 1918-1919, I, p. 40.

⁵ Req. 27 juin 1894, I, 432.

bilité¹. Ce sont les nécessités pratiques et l'usage qui font force de loi. Les juges ont déclaré l'offre irrévocable parce que les nécessités se sont imposées à leur attention et les ont obligés à reconnaître à l'offre ce caractère sans appel.

Ainsi donc, d'après la jurisprudence française, toute révocation qui arrive chez le destinataire après qu'il a pris connaissance de l'offre est impuissante à détruire cette offre². Mais, si elle arrive à destination avant ou en même temps que l'offre, cette même révocation est valable et empêche le contrat de se former³.

Par. 3 - *L'offre accompagnée d'un délai en Suisse.*

En droit suisse, comme nous l'avons déjà dit, c'est l'article 3, C.O., qui règle l'irrévocabilité de l'offre accompagnée d'un délai. D'après cet article :

« toute personne qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration de ce délai. Elle est déliée si l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration de ce délai ».

Nous voyons ainsi que l'offre accompagnée d'un délai en Suisse ne peut être retirée ; l'offrant reste engagé jusqu'à l'expiration du délai qu'il a lui-même fixé.

¹ Req. 27 juin 1894, D.P. 1894, I, 432.

² Req. 28 février 1870, D.P. 1870, I, 61.

³ Bordeaux, 29 janvier 1892, D.P. 1892, II, 390.

Lyon, 17 décembre 1917, s. 1918-1919, I, p. 40.

Demogue, t. II, No 559.

Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, No 33, p. 51.

Lyon-Caen et Renault, t. III, No 15, p. 8-9.

Bordeaux, 1870, s. 1870, II, 219, D. 1871, II, 96.

Paris, 31 mai 1937, D.H. 1937, p. 431.

Baudry-Lacantinerie, t. I, No 33.

Aubry et Rau, t. IV, par. 343, p. 482.

Lyon-Caen et Renault, t. III, No 15, p. 9-10.

Sous réserve des articles 7 et 9 du C.O., il ne peut retirer l'offre ¹, car il s'est engagé unilatéralement — d'après la loi — de la maintenir et d'accepter le contrat dans le dit délai. ² Mais l'offrant est dégagé et l'offre devient caduque si l'acceptation n'arrive pas pendant le délai donné ³. D'après Oser ⁴, on pourrait déduire des termes des articles 3 et 5 du C.O. suisse (« l'auteur de l'offre est délié ») que si l'acceptation ne parvient pas à temps, l'offre ne s'éteint pas, mais cesse de lier son auteur de sorte qu'il peut, à son gré, en cas d'acceptation tardive, considérer le contrat comme conclu ou comme avorté.

Mais, Oser rejette cette opinion dans la deuxième édition, en raison des conséquences funestes qu'elle entraînerait.

Von Tuhr la rejette également, de même que Becker ⁵, Petermann ⁶ et Estoppey ⁷.

L'effet du terme est réellement de limiter dans le temps la vitalité du droit ou du rapport juridique qu'il grève, de sorte qu'à l'échéance, le dit droit ou rapport juridique tombe irrémédiablement et totalement, sans qu'aucune des parties intéressées puisse empêcher l'extinction autrement que par la constitution d'un nouveau rapport juridique semblable au premier. A la fin du délai, l'offre ne peut plus être acceptée et cela sans qu'une révocation expresse soit nécessaire.

D'après ces auteurs, l'opinion exprimée par Oser dans la première édition met l'acceptant tout à fait à la merci de l'offrant, et celui-ci peut spéculer un temps indéterminé à son détriment. Ils estiment que cette interprétation se heurte à des

¹ Bégelin, Fiches juridiques suisses, No 116.

Schneider et Fick, Commentaires du Code Fédéral des Obligations, art. 3.

² Rossel, Manuel de droit fédéral des Obligations, p. 42.

³ T.F., p. 649 ; 20, p. 510 ; Schneider et Fick, Commentaires du Code fédéral des obligations, art. 3 ; Rossel, p. 42 ; Béguelin, No 116.

⁴ Oser, ad. art. 3, No 8 ; Von Tuhr, p. 163, note 29.

⁵ Becker, art. 5, No 9.

⁶ La promesse de vente immobilière, Etude précédée d'une théorie sur l'offre, No 97-100.

⁷ Les contrats entre absents, p. 84.

obstacles théoriques et doit être rejetée, d'une part, parce qu'elle compromet la sécurité des affaires et, d'autre part, parce qu'elle est contraire à l'esprit de la loi.

Tf. a soutenu expressément cette dernière opinion ¹. D'après lui :

« l'offre s'éteint d'elle-même (ipso facto) avec l'expiration du délai inutilisé, comme il résulte indubitablement de la loi. Elle n'est pas seulement révocable, elle elle est avant tout tombée. Aussi bien, qu'elle soit l'objet d'une révocation ou non, elle ne peut plus être acceptée valablement. Il en résulte que si, lors de l'arrivée de l'acceptation, le délai n'était pas écoulé, la révocation du défendeur est sans effet. Si, par contre, le délai venait d'expirer, l'offre était tombée sans plus et la révocation est superflue ».

Lorsque l'acceptation a été expédiée tardivement, c'est-à-dire trop tard pour pouvoir normalement parvenir à l'offrant avant l'expiration du délai, l'offrant n'a pas le devoir d'aviser l'auteur de l'acceptation.

En revanche, dans le cas où l'acceptation a été expédiée à temps et régulièrement, mais a été retardée en cours de route par un événement imprévu, certains auteurs estiment que l'offrant est lié s'il n'avise pas le destinataire de l'offre. Ces auteurs préconisent ici l'application par analogie des règles de l'article 5, alinéa 3.

Nous allons premièrement examiner si l'offrant a le devoir d'aviser l'acceptant ou non.

Von Tuhr ², Estoppey ³, Becker ⁴ et Habertisch ⁵ sont tous d'avis que l'on doit appliquer ici par analogie les règles pré-

¹ Arrêt publié seulement en allemand et dont la traduction n'est qu'officielle puisqu'il n'a pas été publié ni dans le J.T ni dans la S.J.

² Von Tuhr, p. 163, note 30.

³ Estoppey : Les contrats entre absents, p. 96.

⁴ Ad. art. 3, No 5.

⁵ T.I., p. 164.

vues par l'article 5, alinéa 3. Ils estiment qu'il y a seulement un oubli rédactionnel qu'il aurait fallu réparer lors de la révision du Code.

Mais Oser ¹, Béguelin ², Rossel ³ et Petermann ⁴, ne sont pas d'accord avec cette opinion.

D'après Béguelin, la disposition de l'article 5, alinéa 3, vise seulement le cas où l'offre a été faite sans fixation de délai et elle ne saurait, par conséquent, être appliquée par analogie, d'autant moins que la rigueur du principe se révèle plus apparente que réelle.

Il est d'avis que dans le cas où l'omission d'information est contraire aux mœurs, l'auteur de l'offre, sans d'ailleurs que le contrat soit conclu, peut être recherché en dommages-intérêts selon l'article 41 du C.O., al. 2 ⁵.

Nous nous rallions à cette dernière opinion ; nous estimons que l'offrant n'est pas obligé d'aviser le destinataire de l'offre que sa réponse est arrivée trop tard. On ne peut pas appliquer ici l'article 5, alinéa 3, cela ressort clairement de l'interprétation des notes marginales qui prouvent la coordination de l'article 3 avec les articles 4 et 5 ⁶.

Rossel, lui non plus, ne voit pas pourquoi l'offrant est lié, si l'acceptation n'est pas parvenue à l'expiration du délai, même si elle a été expédiée à temps ⁷.

Rossel trouve que la théorie du C.O. à ce sujet est trop rationnelle, car, d'après l'article 1 du C.O. pour qu'il y ait consentement il faut, outre la co-existence de deux volontés dirigées vers un même but (la formation du contrat) le concours de ces deux volontés.

¹ Art. 3, No 4 et 7.

² Fiches juridiques, No 116.

³ Manuel du Droit fédéral des Obligations, p. 34.

⁴ La promesse de vente immobilière, Etude précédée d'une théorie sur l'offre, No 103.

⁵ Béguelin, Fiches juridiques, No 116.

⁶ Oser, rem. 7, art. 3.

⁷ Rossel, Manuel du Droit fédéral des Obligations, p. 42.

Ce concours n'est obtenu que lorsque l'offrant a connaissance de l'acceptation de l'autre partie. Il donne l'exemple suivant pour étayer son opinion :

« A » propose à « B » de lui vendre 100 sacs de blé à Fr. 30,— le sac en lui fixant un délai de dix jours pour accepter. Si l'acceptation de « B » n'est point parvenue à « A » dans les dix jours, celui-ci est dégagé, même si « B » avait manifesté son acceptation dans le même temps et que, pour une raison ou une autre, sans aucune faute de la part de « B », l'acceptation n'a pas été remise à l'offrant en temps utile.

D'après Rossel, ce qui est important, c'est que l'acceptation soit reçue « avant le terme fixé » par l'offrant.

En effet, il ne s'agit pas que « B » manifeste son acceptation avant l'expiration du délai, mais qu'il la manifeste — et expédie la réponse — assez tôt pour qu'elle doive parvenir à l'offrant avant l'expiration de son délai, si elle est acheminée normalement et sans retard (Cf. Becker ad. art 3, N° 5).

Ce délai, d'après le droit des obligation suisse, peut être exprès ou tacite et résulter des circonstances¹ ; il peut être fixé entre des personnes présentes ou absentes.

L'offrant peut déterminer à son gré la durée du délai, à condition, bien entendu, qu'elle ne soit pas fixée par la loi, comme le délai de quatorze jours fixé en matière de proposition d'assurance par exemple².

Comme nous l'avons dit déjà, toute acceptation arrivée après le délai fixé n'a aucun effet. Le pollicitant n'a pas besoin de révoquer l'offre ; puisqu'il est tenu de maintenir son offre pendant le délai fixé, une révocation manifestée pendant ce temps n'a aucun effet sur le sort de l'offre. La volonté première serait considérée comme existant encore et l'acceptation faite durant le délai par le destinataire formerait le contrat. Le destinataire qui a accepté la pollicitation pendant le délai

¹ A.T.F. 12, p. 650.

² La loi fédérale sur le contrat d'assurance de 1908, art. 1. ;
Schneider et Fick, Commentaires du Code fédéral des obligations,
art. 3, p. 33.

fixé par l'offrant a le droit, d'après le C.O. suisse, d'exiger l'exécution du contrat. En un mot, le C.O. en abandonnant le principe ancien, d'après lequel une déclaration unilatérale ne lie pas son auteur, considère la proposition de l'offrant accompagnée d'un délai comme irrévocable¹. Le contrat se forme, malgré la révocation de l'offre si l'acceptation intervient avant que le délai ne soit expiré.

Par. 4 - Conclusion

Ce sont les nécessités pratiques et l'usage qui ont forcé les tribunaux français à déclarer l'offre irrévocable². Ces nécessités se sont imposées à leur attention et les ont obligés à reconnaître à l'offre son caractère d'irrévocabilité, sans laquelle la sûreté des affaires serait compromise.

La pratique a créé un usage capable de transformer de vieux principes et de faire adopter un système conforme aux nécessités des conditions modernes. Présentement, l'offre de contracter accompagnée d'un délai a le même caractère en droit français et en droit suisse. C'est un acte juridique qui, une fois émis, devient indépendant de celui qui l'a accompli. La proposition est devenue un fait définitif sur lequel l'offrant n'a aucun pouvoir.

La jurisprudence française a peut-être accepté un système peu logique, d'après les théories que nous avons déjà énoncées, mais qui, en revanche, est conforme aux besoins pratiques, ce qui, à notre point de vue, est essentiel.

¹ Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 116.

² Req. 28 février 1870, D.P. 1871, I, 61.

Bordeaux, 29 janvier 1892, D.P. 1892, II, 390.

Lyon, 17 décembre 1917, s. 1918-1919.

Section 3 : L'offre non accompagnée d'un délai dans les contrats par correspondance

Par. 1 - Généralités

Pas plus que dans les offres accompagnées d'un délai, nous ne trouvons ici une disposition dans le code civil français. D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence françaises sont tout à fait différentes des règles énoncées dans l'article 5 du Code des Obligations suisse. C'est pourquoi nous examinerons cette question premièrement dans la doctrine et la jurisprudence françaises puis, d'après le Code des Obligations suisse et, enfin, nous exposeront notre préférence à ce sujet.

Par. 2 - L'offre non accompagnée d'un délai dans la doctrine et la jurisprudence françaises.

Nous ne trouvons pas une doctrine unanime et la jurisprudence elle-même est flottante à ce sujet.

a) Théorie classique.

Pour que l'offrant soit obligé de maintenir son offre, il faut que sa proposition ait été acceptée. Avant l'acceptation, l'offre n'était qu'un acte stérile. Si le destinataire subit un dommage l'offrant n'est pas tenu de réparer ce dommage.

D'après Laurent ¹, l'offrant est le maître de son offre :

« ... celui qui rétracte une offre, fait ce qu'il a le droit de faire ; or, celui qui use d'un droit ne fait de tort à personne, en ce sens qu'il ne doit pas réparer le dommage qui résulte de l'exercice de son droit ».

¹ Laurent, Principes de droit civil français, t. XV, No 481, p. 55.

Si le destinataire d'une offre souffre un préjudice, il n'a d'après les partisans de cette théorie, qu'à s'en prendre à lui-même¹, la révocation de l'offre qui lui avait été faite est une chose à laquelle il devait s'attendre. S'il n'a pas prévu cette révocation il doit supporter les suites de sa négligence²; en aucune manière le pollicitant n'est tenu de l'indemniser du dommage souffert.

La théorie classique protège seulement les intérêts de l'offrant. Elle sacrifie trop, à notre sens, l'intérêt du destinataire.

b) Théorie de la révocabilité avec indemnisation.

D'après cette théorie, l'offre peut être révoquée par l'offrant, mais ce dernier est passible de dommages-intérêts si sa rétractation a causé un préjudice au destinataire³. Les partisans de cette théorie, estiment qu'il existe, outre l'intérêt du pollicitant, également d'autres intérêts dignes de protection, tels que :

1. L'intérêt du destinataire.
2. L'intérêt que l'on peut avoir à une stabilité et à quelque certitude dans les relations commerciales.
Cette sécurité n'existerait pas si chacun pouvait faire des offres et les retirer plus tard impunément.

Pothier, qui est un des partisans de cette théorie, la justifie de la manière suivante :

« Je dois donc l'indemniser (le destinataire) de la dépense et de la perte que je lui ai causée par la proposition que je lui ai faite et que je ne veux plus aujourd'hui exécuter »⁴.

¹ Petit, thèse, p. 200.

² Petit, thèse, p. 200.

³ Pothier, La Vente, No 32.

Aubry et Rau, par. 343, p. 485.

Demolombe, XXIV, No 71, p. 68.

⁴ Pothier, La Vente, No 32.

Il estime que :

« cette obligation naît de cette règle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'un autre ».

Et, ainsi, le destinataire a le droit, d'après lui, de demander une indemnité pour le dommage qu'il a subi du fait de la révocation de l'offre.

Les partisans de cette théorie sont d'accord pour se rallier au principe selon lequel :

« ... celui que a accepté des offres dans l'ignorance de leur anéantissement et qui, par suite de cette acceptation, a fait des dépenses ou éprouvé des pertes, est en droit de réclamer des dommages-intérêts »¹.

Demolombe², en termes à peu près identiques revient sur cette assertion ; voici un extrait de l'essentiel :

Celui qui a reçu une offre et qui, dans l'ignorance de la révocation ou de l'extinction de cette offre, a fait des dépenses ou subi une perte en manquant, par exemple, la vente de ses marchandises dont le prix a depuis lors subi une baisse, doit être indemnisé, soit par l'offrant, soit par ses héritiers.

Cette théorie a basé la responsabilité de l'offrant sur l'article 1382 du Code civil français, aux termes duquel :

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Mais, nous estimons que cet article n'est *pas* applicable. Le fait d'un dommage causé ne suffit pas, suivant cet article, pour que l'auteur du préjudice soit tenu de la réparer ; peut-être a-t-il fait simplement ce qu'il avait le droit de faire. Il faut une faute ou, pour le moins une négligence de la part de l'auteur pour que le lésé puisse demander des dommages-intérêts.

Dans notre cas, l'offrant exerce son droit et, ce faisant, il ne commet aucune faute.

¹ Aubry et Rau, t. IV, par. 343, p. 483.

² Demolombe, t. XXIV, No 71.

Est-ce que le créancier, par exemple, est tenu de réparer le dommage qu'il cause au débiteur en exerçant son droit ?

Evidemment non, et la solution doit être la même pour le pollicitant qui retire son offre ¹.

La responsabilité de l'offrant, selon Valéry, doit se baser sur l'usage :

« En pratique, on aurait pris l'habitude de la considérer comme nécessaire pour rassurer ceux qui sont appelés à traiter dans les affaires commerciales »².

D'après lui, cet usage n'est contraire à aucun texte de droit positif et aurait force de loi. Ainsi, l'action en dommages-intérêts, qui appartient à l'acceptant, ne dériverait pas de l'article 1382 du Code Civil, mais bien des articles 1135 et 1150 du Code. Par suite, l'acceptant, lorsqu'il exerce cette action, n'aurait pas besoin de prouver qu'il y a eu faute de la part de l'offrant. Il suffirait qu'il établisse que l'extinction de l'offre lui a été préjudiciable ³.

Baudry-Lacantinerie a critiqué cette explication en disant tout d'abord que l'existence de l'usage sur lequel cette justification se fonde, n'est nullement démontrée, nonobstant quoi :

« .. cette explication ne nous paraît pas satisfaisante ; la question qui nous occupe n'est résolue qu'en doctrine.
« Dans tous les cas, les recueils de jurisprudence sont
» muets sur l'usage allégué »⁴.

En se ralliant à l'opinion de Laurent et de quelques auteurs étrangers ⁵, Baudry-Lacantinerie estime encore ⁶ avec eux que le retrait ou l'extinction de l'offre, en l'absence de toute faute

¹ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations No 32, p. 47.

² Valéry, Des contrats par correspondance, No 187, p. 179.

³ Valéry, Des contrats par correspondance, No 187, p. 179.

⁴ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, No 32, p. 48.

⁵ Laurent, t. XV, No 481.

⁶ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, No 32, p. 50.

ou négligence de la part du pollicitant ou de ses héritiers, ne donne pas ouverture à dommages-intérêts.

Mais, dit-il, nous nous empressons d'ajouter que :

« Vu les les grandes facilités de communications qui existent de nos jours, les juges devront la plupart du temps admettre qu'il y a eu négligences de la part du pollicitant ou de ses héritiers. Ils pourront notamment, dans beaucoup de cas, par application de l'article 1382 du Code civil, les considérer comme responsables par cela seul qu'ils n'auront pas informé l'acceptant immédiatement et par télégramme de l'anéantissement de de l'offre »¹.

c) La théorie de l'irrévocabilité de l'offre non accompagnée d'un délai.

La pratique moderne a obligé la doctrine récente à changer le caractère de l'offre et à admettre l'irrévocabilité au lieu de la révocabilité pure et simple. On ne se contente plus d'accorder des dommages-intérêts au contractant qui subit un dommage par la révocation de l'offre sur laquelle il comptait.

Cette doctrine estime que l'offre est une déclaration de volonté susceptible de lier son auteur ².

Pour justifier cette idée nouvelle d'irrévocabilité, on s'appuie sur la théorie de la déclaration unilatérale de volonté comme source d'obligation. Celle-ci, tout en admettent le principe que les obligations licites dérivent généralement des contrats, fait remarquer que cette règle n'est pas absolue et qu'il y a des cas où il faut admettre qu'un engagement a pu naître d'une seule déclaration de volonté ³.

¹ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, No 32, p. 50.

² Saleilles, L'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand, 138 et 140.

³ Worms, p. 91.

Worms, qui fut un des premiers défenseurs de cette théorie, affirme dans sa thèse de doctorat :

« De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations ».

présentée et soutenue en 1891, à Paris, qu'on ne peut engager une autre personne par une seule volonté unilatérale, mais se demande pourquoi quelqu'un n'aurait pas la possibilité de s'engager lui-même¹.

D'après lui, aucune conception de la logique absolue ne commande de repousser le principe de la création de droits par la seule volonté unilatérale. D'autre part, les nécessités de la vie pratique imposent l'adoption de ce principe. L'engagement par volonté unilatérale est un acte par lequel une personne manifeste l'intention de s'engager personnellement, par la seule expression de sa volonté, émise en vue de créer une obligation à sa charge.

Cette théorie doit son apparition au développement extraordinaire des relations économiques modernes. C'est cette pratique actuelle qui a forcé à admettre qu'en marge du contrat, la volonté unilatérale est capable, notamment dans les cas suivants, de produire des rapports obligationnels :

1. la stipulation pour autrui ;
2. le titre au porteur ;
3. la fondation ;
4. la promesse de récompense ;
5. l'offre de contracter.

Worms explique les conséquences logiques de ce système de la manière suivante :

« Si l'offre à elle seule est capable de faire naître à la charge de son auteur, l'obligation d'exécuter sa promesse, c'est que cette obligation ne provient que de sa déclaration unilatérale de volonté »².

¹ Worms, p. 91.

² Worms, p. 91.

Nous voyons ainsi que, d'après la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, le pollicitant est obligé d'exécuter l'offre par sa seule promesse. Cette obligation prend naissance et existe avant l'acceptation que la partie co-contractante devra donner ¹.

Nous retrouvons la même opinion dans la doctrine allemande ² et dans la doctrine suisse ³.

Par exemple, d'après Siegel ⁴, toute offre, par le fait de son émission, fait naître deux obligations, à la charge de son auteur. L'une est de tenir son engagement en s'exécutant dès que l'autre partie a accepté ; la seconde est de maintenir l'offre pendant le temps nécessaire pour que l'acceptation puisse se produire. Ces deux obligations ne sont que le produit d'une déclaration unilatérale de volonté. De plus, nous voyons que les législations de ces pays ont été aussi inspirées par cette théorie.

d) Système de la jurisprudence française.

La jurisprudence française n'a malheureusement pas assimilé l'offre non accompagnée d'un délai à l'offre accompagnée d'un délai. Dans cette dernière hypothèse, comme nous l'avons déjà vu, elle admet l'irrévocabilité ⁵, tandis que dans la première, elle ne l'admet pas ⁶.

La jurisprudence française se décide d'une façon presque unanime en faveur de la révocabilité d'une offre pure et simple.

¹ Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 473.

² Windscheid, *Contrat*, par. 307, note 7a.

Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, p. 142, No 138 et ss.

³ Siegel, p. 49 et ss.

⁴ Siegel, p. 53.

⁵ ci dessus, p. 53.

⁶ Req. 16 avril 1861, s. 1862, I, 201 ; 11 décembre 1901, D.P. 1903, I, 114 ; Gaz. Trib. 1901, 2^{me} sem., II, 121 ; civ. 2 décembre 1919, D. 1923, I, 126 ; Trib. Albi, 22 mai 1901 ; Paris, 5 février 1910 ; Gaz. Trib. 1^{er} mars 1910 ; Planiol, t. II, No 981, p. 377.

Cependant, dans les relations commerciales, la jurisprudence française oblige l'offrant à maintenir sa proposition pendant un délai raisonnable, même si le délai n'est pas fixé expressément, afin que le destinataire puisse faire connaître sa réponse.

Cette jurisprudence corrige les inconvénients qui résultent du principe de la révocabilité de l'offre non accompagnée d'un délai ¹.

Par. 3. *L'offre non-accompagnée d'un délai en droit suisse.*

En Suisse, c'est l'article 5 du C. O. qui règle, en matière de contrats entre absents, la question de l'offre non accompagnée d'un délai.

D'après ce texte, l'auteur d'une offre, à une personne non présente, n'est pas lié si l'acceptation ne lui parvient pas à temps, même si l'acceptation a été expédiée à temps.

Le Code des Obligations n'exige pas que l'acceptation soit expédiée immédiatement, comme il l'exige dans son article 4, l'offre entre présents ². Il accorde au destinataire de l'offre un délai plus ou moins long pour réfléchir ³. Sa durée peut varier suivant la nature et l'importance de l'affaire ou des circonstances personnelles au destinataire et connues de l'auteur de l'offre ⁴. Le délai peut encore varier selon certains usages ⁵.

¹ Req. 28 février 1870, D. 1871, I, 61 ; 27 juin 1894, s. 1898, I, 434 ; Paris, 5 février 1910, D. 1913, II, note Valéry.

13 mars 1917, Gaz. pal. 1918, I, 17.

Aix, 15 janvier 1920, Gaz. pal. 1920, I, 177.

Demogue, t. II, No 568, p. 208.

² Rossel, Manuel du Droit fédéral des obligations, p. 45.

Béguelin, Fiches juridiques, No 116.

Oser, ad. art. 5.

³ A.T.F. 19, p. 929.

Von Tuhr, p. 162-163.

Rossel, p. 43.

Fritz Funk, art. 5, p. 6.

⁴ A.T.F. 12, p. 207, 648.

⁵ A.T.F. 50, p. 16 ; J.d.T. 1924, .p 610.

A. Ce délai est composé de trois périodes ou phases tout à fait distinctes que nous allons énumérer avant d'en reprendre l'examen en détail.

- a) *Le temps nécessaire pour que la lettre ou le télégramme d'offre arrive en mains du destinataire.*

Selon l'article 5, alinéa 2¹ :

« l'offrant a le droit d'admettre que l'offre a été reçue à temps ».

Entre ici en considération le temps que demande normalement le moyen de transmission choisi : poste, télégraphe, etc.

Mais, poursuit Estoppey², l'offrant ne doit pas abuser de cette règle lorsqu'il sait que la transmission de l'offre a été interrompue par un accident. S'il connaissait les risques de retard de transmission au moment où il expédiait son offre, il doit normalement en tenir compte³. Par conséquent, on peut admettre qu'il a entendu rester lié jusqu'à l'instant où la lettre d'offre arrive au destinataire, compte tenu de ces circonstances spéciales⁴.

Le contrat est valablement formé si l'acceptation lui parvient dans le délai ainsi prolongé, lors même que le moment de l'arrivée de l'acceptation est postérieur à l'expiration du délai qui eût été normal si la transmission de l'offre s'était également faite d'une manière normale. L'offrant n'a pas le droit d'invoquer l'article 5, alinéa 3 du C. O. et de se refuser à considérer le contrat comme parfait ; en effet : on n'a pas affaire à une réponse expédiée à temps, mais arrivée tardivement, au sens de cette disposition⁵.

¹ Estoppey, thèse p. 62.

² Estoppey, thèse p. 62-63.

³ Oser, rem. 5, ad. art. 5 ; Becker, rem. 4, ad. art. 5 ;
Von Tuhr, p. 69 ; Oser, rem. 5, ad. art. 5.

⁴ Funk, art. 5, p. 69 ; Oser, rem. 5, ad. art. 5 ;
Becker, rem. 4, ad. art. 5.

⁵ Estoppey, thèse p. 63.

On doit appliquer la même solution dans le cas où le pollicitant a appris la cause du retard seulement après avoir expédié l'offre. Il doit consentir à être tenu pendant un délai prolongé d'autant. En revanche, l'offre est révocable jusqu'à son arrivée retardée¹. Dans ce cas particulier, Estoppey, par contre, est d'un avis opposé et pense que l'offrant pourra être libéré².

- b) *Le temps nécessaire pour permettre au destinataire de prendre connaissance de l'offre, y réfléchir normalement, de vérifier la proposition, se décider, rédiger et expédier sa réponse*³.

Ici, on doit prendre en considération le temps nécessaire à un homme d'affaires strict et correct pour se comporter au reçu de l'offre comme énuméré ci-dessus.

Tout d'abord le genre et l'importance du contrat à conclure entrent ici en ligne de compte. Exemple : l'examen des marchandises envoyées ; la visite de l'appartement proposé (mais pas généralement la comparaison avec d'autres) ; le calcul du gain que l'affaire permettra de réaliser⁴.

De plus, il faut respecter les usages commerciaux et notamment l'horaire normal de travail. D'ordinaire, en affaires, le dimanche n'est pas compté dans le délai de réflexion⁵.

Mais, là où il est d'usage de répondre même le dimanche, et où la bonne foi exige une réponse immédiate, l'offrant peut s'attendre à une réponse plus rapide ; s'il ne la reçoit pas, il sera libéré⁶.

¹ Von Tuhr, p. 162, note 27.

² Estoppey, thèse, p. 23.

³ Estoppey, thèse, p. 62.

⁴ Oser, rem. 6, ad. art. 5.

⁵ Oser, rem. 7, ad. art. 5 ;
Fick. art. 5 ; B.G.B., art. 193.

⁶ Fick, art. 5.
Schneider et Fick, ad. art. 5, note 3.

Les circonstances personnelles au destinataire de l'offre (par exemple la maladie) ne sont pas à considérer, sauf si l'offrant en avait connaissance au moment où il a expédié l'offre. Il doit alors se comporter selon les règles de la bonne foi¹. Cela est également valable pour le cas où le destinataire de la proposition ne peut pas se décider de façon indépendante².

L'offre peut être adressée à un incapable doué de discernement. Selon Estoppey³, cela dépend de la nature de la proposition. Le destinataire de l'offre peut l'accepter lui-même valablement pour acquérir à titre purement gratuit (donation, par exemple, C. C. S. art. 19, al. 2) ou pour exercer des droits strictement personnels.

Par contre, si l'offre se rapporte à la conclusion d'un contrat comportant pour le destinataire une obligation ou la perte d'un droit, le délai imparti par l'offrant sera prolongé du temps nécessaire au représentant légal pour se décider, à moins, bien entendu, qu'il ne résulte de cette proposition que l'auteur de celle-ci se contente d'une acceptation donnée sous réserve d'approbation⁴. Si la personne privée de l'exercice de droits civils a accepté, l'offrant ne sera délié que lorsque le représentant légal aura refusé son approbation expressément ou tacitement (éventuellement après une mise en demeure, conformément à l'article 410, alinéa 2 du C.C.S.⁵).

Cette disposition, suivant Estoppey, est aussi applicable aux contrats exigeant la ratification de l'autorité tutélaire art. 421 du C. C. S.) ou celle de l'autorité de surveillance en matière de tutelle (art. 422 du C.C.S.⁶).

¹ Oser, rem. 8, ad. art. 5.

² Oser, rem. 8, ad. art. 5.

³ Estoppey, thèse, p. 64.

⁴ Oser, rem. 8, ad. art. 5.

Von Tuhr, p. 163, note 28.

Planck, rem. 3, ad. B.G.B. par. 147.

⁵ Oser, rem. 8, ad. art. 5.

⁶ Estoppey, thèse, p. 64.

A. Schneider et H. Fick, Commentaire du Code fédéral des obligations, art. 3, p. 33.

Cependant, à ce que dit Oser, la disposition de l'article 410 du C. C. S. ne doit pas être étendue à tout destinataire d'offre ne possédant pas le pouvoir de conclure. Il ne faut pas prétendre que l'offrant doit attendre la décision du conseil d'administration d'une société anonyme ou d'une société coopérative, si cette indication ne résulte pas de l'offre ¹.

c) Le temps pour que l'acceptation arrive chez l'offrant.

L'acceptant peut envoyer une réponse par lettre, si le proposant n'exige pas une réponse télégraphique.

En principe l'acceptation doit être expédiée par un moyen de transport aussi rapide que possible, en tout cas aussi rapide que l'offre. Donc, l'acceptation d'une offre télégraphique devra également se faire par télégramme afin d'arriver à temps ². Mais, l'acceptant peut être autorisé, suivant les circonstances et la nature du contrat, à expédier sa réponse par un moyen plus ou moins rapide ³. Cette question dépend surtout de l'usage et des circonstances.

Par exemple, à Zurich, l'opinion du Tribunal de Commerce est que :

« l'usage n'exige pas qu'on réponde le même jour aux télégrammes expédiés à midi ou au commencement de l'après-midi. »

L'offrant doit attendre jusqu'au lendemain matin. De même pour un télégramme venant de l'étranger.

En matière commerciale, les usages couramment admis dans la branche à laquelle appartiennent les contractants, seront naturellement pris en considération ⁴. Par exemple, d'après le T. F. ⁵, le laps de temps pendant lequel l'offrant reste lié se détermine en tenant compte non seulement du temps normalement nécessaire pour la transmission télégraphique de la

¹ Oser, rem. 8, ad. art. 5.

² Oser, rem. 12, ad. art. 5.

³ A.T.F. 59, II, 16.

Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 116, 12, 207, 648.

⁴ A.T.F. 50, II, 13, J.T. 1924, p. 610.

⁵ A.T.F. 50, II, 13, J.T. 1924, p. 610.

réponse, mais encore et surtout en prenant en considération les usages existant dans le commerce en question. Ainsi, en ce qui concerne le commerce des œufs entre la Suisse et la Hongrie, le délai d'acceptation comporte, selon l'usage, vingt-quatre heures ; le vendeur qui a reçu la réponse vingt-deux heures après l'expédition de son offre est tenu, quand bien même la durée normale de la transmission télégraphique n'est que de douze heures.

d) *Le temps nécessaire pour l'acceptation de plusieurs personnes, en cas d'offre à une pluralité de personnes.*

En pareil cas, le délai s'étendra jusqu'au moment où la réponse de tous pourra être arrivée¹. Pour exemple :

En matière de concordat, le T. F. a décidé que la proposition de l'offrant doit être maintenue aussi longtemps que l'exigeront les transactions avec tous les créanciers². Pour la même raison, la demande faite par un associé de se retirer de la société exige un certain temps de réflexion pour ses co-associés ; si l'offre a été formulée le 18 mars, la réponse donnée le 14 avril doit être considérée comme communiquée en temps utile³.

Lorsque l'acceptation arrive à temps chez le pollicitant, le contrat se forme entre les parties, même si elle n'était pas expédiée à temps et régulièrement.

Puisqu'il est indispensable que l'acceptation arrive durant le délai convenable chez le pollicitant, peu importe si l'acceptant n'a pas répondu immédiatement, car l'alinéa 1 de l'article 5 ne parle que du point final : l'arrivée de la réponse⁴. Par exemple :

Le destinataire de l'offre hésite quelque temps avant de se décider ; le temps passe, seulement, il se décide, accepte, mais il est trop tard pour qu'une réponse expédiée par lettre arrive à temps. Alors, pour compenser le temps passé à réfléchir, il uti-

¹ Oser, rem. 10, ad. art. 5.

² A.T.F. 12, p. 648.

³ A.T.F. 12, p. 207.

⁴ Oser, rem. 11, ad. art. 5.

lise le moyen de transport le plus rapide, le télégraphe et, s'il réussit, le contrat se forme normalement.

e) *Délai non respecté.*

Si le délai n'est pas respecté, l'offrant est délié et la proposition est caduque¹. De même que dans le cas de l'offre accompagnée d'un délai, il n'y a donc pas lieu pour le pollicitant de faire une communication spéciale au destinataire de l'offre, s'il reçoit une acceptation tardive.

Cependant, « dans certaines circonstances, on peut déduire du silence de l'offrant que ce dernier n'a pas considéré que le temps mis par le destinataire de l'offre pour lui faire parvenir son acceptation a été trop long »²; parfois, on peut aussi déduire de son silence qu'il prend l'acceptation tardive comme une nouvelle offre et qu'il accepte celle-ci tacitement en application de l'article 6.

Dans le cas suivant, l'offrant qui entend ne pas être lié a le devoir d'aviser l'expéditeur de l'acceptation du fait que celle-ci lui est parvenue trop tard.

Ce devoir d'avertissement a sa raison d'être lorsque l'acceptation a été expédiée à temps, par un moyen de transmission régulier, mais que, pour un motif quelconque, retard postal, courrier bloqué, etc., elle est arrivée trop tard.

En revanche, l'avis n'est pas nécessaire dans les cas suivants:

1) quand, par la négligence du destinataire de l'offre ou de l'un de ses employés, la décision, prise à temps, a été expédiée trop tard; par exemple, si l'employé l'a gardée par inattention quelques jours dans sa poche³.

2) si l'envoi est intervenu à temps, mais que le message n'a pas du tout atteint l'offrant; par exemple, s'il a été perdu en cours de route⁴.

¹ Oser, ad. art. 5, rem. 13.

A.T.F. 12, p. 649; Von Tuhr, p. 163.

² Oser, rem. 14, ad. art. 5.

³ Oser, rem. 16, ad. art. 5.

⁴ Oser, rem. 16, ad. art. 5.

3) lorsque l'acceptation est arrivée à temps chez l'offrant, mais dans un état illisible ou incompréhensible ; par exemple, le télégramme a été mutilé, mal transmis ¹.

Dans ces cas, selon certains points de vue et compte tenu des circonstances, le destinataire de l'acceptation peut être tenu d'aviser l'expéditeur ; par exemple, en vertu des articles 6, 41 et suivants du C. O. ².

L'avis doit avoir lieu « immédiatement ». Cette mesure a été prise afin que l'offrant ne puisse pas spéculer aux dépens de l'expéditeur de l'acceptation ³.

L'omission de l'avis a pour conséquence d'exclure l'exception fondée sur le retard ⁴. Par conséquent, si l'offrant garde le silence sur l'arrivée tardive d'une acceptation expédiée à temps et régulièrement, son inaction est considérée comme acquiescement et le contrat sera formé ⁵.

Cette disposition ne figurait pas au Code fédéral des Obligations de 1881.

Cet ancien Code laissait à l'offrant, dans le cas de défaut d'avis, le choix entre l'obligation et le retrait avec dommages-intérêts. Mais même sous réserve de supporter des dommages négatifs au contrat, la liberté de choix laissée à l'offrant pendant un temps indéterminé fut considérée comme une injustice à l'égard de l'acceptant lors de la révision de l'ancien Code ⁶, car généralement l'acceptant n'apprendra que son accord, expédié à temps, est arrivé trop tard qu'au moment où l'une des parties fera valoir les droits nés du contrat ou prétendu contrat.

Le nouveau Code établit que celui qui a omis l'avis ne peut plus être délié du contrat par le paiement de dommages-intérêts.

¹ Oser, rem. 16, ad. art. 5.

² Oser, rem. 16, ad. art. 5.

³ Oser, ad. art. 5, note 17.

⁴ Oser, ad. art. 5, note 18.

⁵ Béguelin, Fiches juridiques, No 116.

Oser, ad. art. 5, rem. 19-20.

⁶ Oser, ad. art. 5, rem. 19-20.

La caractéristique de l'avis est qu'il forme un pur avis de constatation (survenance du retard) et non une déclaration de volonté (refus d'être lié ou renonciation au contrat) ¹.

C'est donc une action juridique ².

L'obligation d'aviser ne peut exister que lorsque l'offrant a la possibilité de savoir que l'expédition a eu lieu à temps :

Exemple : oblitération du timbre de la poste ou date d'inscription de la dépêche ³. Si, par sa faute, il ne s'en est pas rendu compte, il sera lié. Mais si, par hasard, il ne *pouvait* pas s'en apercevoir, il n'y a pas d'obligation d'aviser et l'acceptation tardive reste tardive ⁴.

Dans le cas où l'offrant ne doit pas s'attendre à une acceptation expresse, jusqu'à quand doit-il maintenir sa pollicitation?

Nous avons vu que l'acceptation du destinataire peut être tacite et résulter des circonstances ; mais nous voulons préciser jusqu'à l'échéance de quel délai l'offrant est obligé envers l'acceptant et ne peut révoquer son offre.

En droit suisse, l'article 6 du Code des Obligations dispose à ce sujet :

« Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. »

Donc la durée pendant laquelle l'offrant est obligé de maintenir son offre dépend de la nature spéciale de l'affaire ou des circonstances particulières. Pendant ce délai, il n'a pas le pouvoir de révoquer sa proposition.

¹ Oser, rem. 20, ad. art. 5.

² Oser, rem. 20, ad. art. 5.

³ Oser, ad. art. 5, note 21.

⁴ B.G.B., par. 149, Bufnoir, Code civil allemand traduit et annoté p. 173.

Si l'offre n'a pas été refusée pendant un délai convenable, le contrat est réputé conclu¹ ; mais, si un refus arrive pendant ce délai, le contrat ne se formera pas². A notre avis, on doit appliquer ici, par analogie, les mêmes règles qu'à l'acceptation expresse, en ce sens que le refus doit être immédiat lorsque l'offre a été faite à une personne présente³.

En matière de contrat entre absents, le délai du refus dure jusqu'au moment où l'on peut s'attendre normalement à l'arrivée de ce refus⁴ ; si l'offre n'arrive pas pendant ce temps, on doit admettre que le contrat est conclu⁵. Conclusion : l'auteur de l'offre ne peut révoquer sa proposition en matière de contrat entre absents ; il doit la maintenir, soit jusqu'à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement (lorsqu'il doit s'attendre à une réponse expresse), soit jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une lettre de refus (lorsqu'il ne doit pas compter sur une réponse expresse). Pendant ces délais, l'offre est irrévocable comme en matière d'offre accompagnée d'un délai⁶.

Par. 4. *Jurisprudence française et droit suisse comparés.*

Nous avons déjà indiqué que le système de la jurisprudence française sur la question de l'offre non accompagnée d'un délai est celui de la révocabilité. La jurisprudence n'a pas assimilé l'offre non accompagnée d'un délai à celle accompagnée d'un délai. Elle n'admet pas l'irrévocabilité, tandis que la pratique moderne incline en ce sens.

Le Droit des obligations suisse, comme nous venons de le voir, a ouvertement proclamé l'irrévocabilité, aussi bien pour l'offre accompagnée d'un délai que pour l'offre pure et simple.

Nous ne voyons pas en raison de quoi la jurisprudence française n'assimile pas, en ce qui concerne l'irrévocabilité,

¹ Béguelin, Fiches juridiques suisses No 116.

² Béguelin, Fiches juridiques suisses No 116.

³ Art. 4, al. 1, C.O. suisse.

⁴ Art. 5, C.O.

⁵ A.T.F. 19, p. 929.

⁶ Art. 3, C.O.

l'offre non accompagnée d'un délai à celle accompagnée d'un délai. La rapidité demandée par les transactions de notre temps exige que l'offre soit irrévocable, afin que le destinataire acceptant puisse s'exécuter avec certitude.

Nous estimons que l'offre doit être irrévocable dans les deux cas.

En ce qui concerne la durée de l'offre pure et simple, nous croyons que cette durée ne doit pas être considérée comme illimitée. Toute offre, si elle n'est pas accompagnée d'un délai (désigné par l'offrant), doit être présumée comme comportant un délai raisonnable. Une durée illimitée tend à rendre une offre moins sérieuse, moins tentante et peut à l'occasion prêter à discussion. Il est très regrettable que ce raisonnement n'incite pas la jurisprudence française à adopter la même solution, d'une façon générale, sur la question de l'irrévocabilité de l'offre accompagnée d'un délai.

Le système de l'irrévocabilité doit être admis aussi bien dans le cas de l'offre accompagnée d'un délai « pendant le délai désigné par l'offrant », que dans celui de l'offre pure et simple « pendant le délai convenable ».

En affaires, ces deux délais seront presque toujours identiques, à moins que, désirant accorder des facilités à son éventuel co-contractant, l'offrant n'ait expressément admis un délai plus long.

Section 4 : *Le refus*

« Le refus est l'acte par lequel le destinataire de l'offre fait savoir à l'offrant que sa proposition ne lui convient pas. » ¹
Estoppey, après avoir ainsi défini le refus déclare :

« Cette déclaration négative a un effet extinctif général sur l'offre dont le caractère obligatoire cesse avec l'irrévocabilité. Le même contrat ne pourrait se conclure, plus tard, que moyennant une offre nouvelle, émanant de l'une ou l'autre partie ².

¹ Estoppey, thèse, p. 73.

Demogue, t. II, No 570, p. 20.

² Estoppey, thèse, p. 73.

Demogue, t. II, No 570, p. 38.

» La loi n'oblige pas, en général, à refuser expressément une proposition, car le silence n'implique aucune volonté, et qui ne dit rien ne consent rien.

» Toutefois, la courtoisie dictera cet avertissement au commerçant soucieux de libérer son correspondant avant l'expiration du délai d'acceptation afin qu'il puisse renouveler l'offre à un tiers le plus tôt possible.

« Le refus est un devoir légal » pour le destinataire de l'offre « en cas d'acceptation tacite. Son omission entraîne la conclusion du contrat » ¹.

Dans cette hypothèse, c'est-à-dire « lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable » ².

Sauf convention particulière des parties, le refus s'exerce sous n'importe quelle forme, par conséquent son auteur peut utiliser la lettre expresse, le télégraphe, le téléphone, le messenger ou l'annonce dans un journal, etc.

La communication du refus est soumise aux mêmes conditions que la transmission de l'acceptation. Pour que le destinataire de l'offre ne soit pas obligé, il suffit que son refus ait été expédié à temps et régulièrement ; il faut aussi qu'il parvienne à temps chez l'offrant.

Si le refus a été expédié à temps et régulièrement, mais est arrivé trop tard pour une cause fortuite, l'offrant doit aviser tout de suite le destinataire de l'offre, s'il entend que le refus n'ait pas d'effet, c'est-à-dire s'il veut maintenir le contrat. A défaut d'avis, le contrat n'est pas formé ³.

Il est possible de retirer un refus. Le destinataire de l'offre est au bénéfice de la disposition de l'article 9 du C. O. et le retrait est valable, s'il arrive avant ou même en même temps que le refus ou s'il arrive après le refus et qu'il soit communiqué

¹ Estoppey, thèse, p. 73.

² Art. 6, C.O.

³ Il faut appliquer ici par analogie les règles de l'art. 5, al. 3 du C.O.

au proposant avant que celui-ci n'ait pris connaissance du refus¹.

Section 5 : *Influence de la mort ou de l'incapacité de l'offrant sur le sort de l'offre.*

Nous examinerons ici l'influence du décès ou de la survenance d'une incapacité sur le sort de l'offre.

Ainsi qu'on le sait, à la mort d'une personne, tous ses droits et ses obligations passent à ses héritiers, pour autant que la succession soit acceptée.

« Il est vrai, dit Petit, que les contrats obligent en général les héritiers des parties comme les parties elles-mêmes. Ils n'éprouvent aucune atteinte de la mort ou de l'incapacité survenue à l'une d'elle ou à toutes deux. C'est un principe certain et ce n'est que par exception que certains contrats en droit français et suisse, sont résolus par la mort, l'interdiction ou la faillite de l'une des parties »².

Cependant, en ce qui concerne l'offre, il est indispensable de savoir si elle entre bien dans la catégorie des actes dont l'effet passe aux héritiers de l'offrant.

A ce sujet, il existe deux théories fort différentes que nous étudierons successivement.

¹ Estoppey, thèse, p. 73.

² Petit, thèse, p. 206-207.

Par. 1. *La doctrine française* ¹.

D'après cette doctrine, l'offre tombe de plein droit par la survenance de la mort ou de l'incapacité de l'offrant.

En justification de cette théorie, les raisons suivantes sont invoquées :

... « Comme elles (les offres) ne forment pas encore un lien de droit, elles ne peuvent durer que par la persistance de la volonté, ce qui fait que la convention résulte de l'acceptation ; c'est le concours des volontés ... » c'est-à-dire la rencontre de deux intentions bien marquées de faire une certaine chose. « ... or, la volonté ne produit d'effets, au delà de la vie, que dans le testament. La volonté d'un interdit n'a plus de valeur juridique ; celle d'un failli est entravée par l'intérêt de ses créanciers ... » ².

Petit poursuit en disant que : « En ce qui concerne la mort, ce qui détermine les parties à contracter, c'est la confiance réciproque qu'elles ont l'une dans l'autre. L'offrant avait confiance dans son co-contractant ; il peut ne pas avoir confiance dans les héritiers ». Ceux-ci, dans la pensée de l'offrant, peuvent ne pas lui convenir pour des raisons personnelles ou ne pas lui paraître aptes à continuer la transaction amorcée. — De même, en retour, « les héritiers du pollicitant peuvent avoir pour celui avec qui il était sur le point de contracter, des sentiments tout différents de ceux de leur auteur » ³.

Il est certain, d'ailleurs, « que, si les héritiers succèdent aux droits de leur auteur, ils ne succèdent qu'aux droits acquis et déjà nés. Or, les offres ne constituent pas un droit ; tant qu'elles n'ont pas été acceptées, elles n'obligent personne, ni celui qui les a faites, ni celui à qui elles ont été faites » ⁴.

¹ Pothier, *Vente*, No 32 ; Touiller, VI, No 31 ; Marcadé, IV, No 394 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligat.* No 31, p. 45 ; Larombière, I, p. 18 ; Demolombe, XXIV, No 74 ; Laurent, XV, No 478 ; Planiol, II, No 980, p. 377 ; Aubry et Rau, IV, par. 343, p. 482 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, No 81, p. 60.

² Petit, thèse, p. 207.

³ Petit, thèse, p. 207.

⁴ Petit, thèse, p. 208.

Enfin, ajoute cet auteur : « ...si les héritiers ou les représentants de l'offrant annoncent à l'acceptant l'événement qui fait disparaître l'offre, ils ne doivent pas de dommages-intérêts, même si le destinataire de l'offre a fait les dépenses découlant de cette offre »¹.

Mais, en revanche, si les héritiers ou les représentants de l'offrant « négligent de prévenir la partie co-contractante de la circonstance qui a fait tomber l'offre et que dans l'ignorance de cet événement cette partie accepte », en toute sécurité et fasse des frais en présomption de cette affaire, nous croyons rejoignant en cette pensée les partisans de cette théorie, que les héritiers doivent indemniser l'acceptant², pour qui cette annihilation peut être une cause de pertes.

D'autre part, dit Petit, « les représentants du de cujus ou de l'incapable qui a fait les offres sont coupables de négligence et cette faute rend passibles de dommages-intérêts »³.

D'autre part, l'offre tombe également si celui à qui elle s'adresse meurt ou est frappé d'incapacité de fait ou de droit, car il est indubitable que, dans ce cas également, la convention ne peut plus naître, l'une des deux volontés nécessaires à sa formation venant de disparaître⁴.

Ici encore, il faut retenir, pour le cas de décès, que celui qui a reçu la proposition ne peut transmettre à ses héritiers aucun droit contre l'offrant, puisqu'il ne lui était possible de devenir créancier qu'en vertu de la convention et que celle-ci a avorté⁵.

¹ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, p. 46.

Aubry et Rau, par. 343, p. 483.

Petit, thèse, p. 208.

² Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, p. 46.

³ d'après l'art. 1382 du Code civil français.

Petit, thèse, p. 209.

⁴ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, No 31, p. 45.

Aubry et Rau, par. 343, p. 483.

⁵ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, p. 46.

Aubry et Rau, par. 343, p. 483.

Valéry, No 206 à 208.

Cette théorie est acceptée par la plus grande partie de la doctrine française et la jurisprudence, elle aussi, s'y est ralliée ¹ et ².

Par. 2. *Le droit suisse.*

Les auteurs suisses admettent que la formation du contrat peut être accomplie même dans le cas où l'offrant meurt ou devient incapable d'exercer ses droits civils avant l'acceptation, ceci à moins, bien entendu, que l'offrant ait laissé sous-entendre une autre volonté ³.

Cette disposition est une conséquence du principe adopté par le C. O. que l'offre est obligatoire, en ce sens qu'elle ne peut pas être retirée avant l'expiration du délai fixé par le pollicitant ou par la loi pour l'accepter. Cette obligation, comme tout autre, doit passer aux héritiers de l'obligé ⁴.

Dans cette conjoncture, on peut se trouver en présence de l'un ou de l'autre des cas suivants :

L'offrant meurt ou devient incapable *avant* ou *après* l'arrivée de l'offre à son destinataire.

a) Si l'offrant meurt ou devient incapable *avant* que l'offre soit parvenue à son destinataire, les héritiers ou les représentants du pollicitant seront liés, à moins qu'ils ne

¹ Baudry-Lacantinerie et Barde, Oblig., p. 46, t. I ; Aubry et Rau, t. IV, par. 343, p. 483 ; Josserand, t. II, No 47, p. 31 ; Demolombe, No 63, p. 59 ; Pothier, Vente, No 32, Touiller, IV, No 31 ; Planiol, II, No 980, p. 377 ; Savatier, t. II, No 99, p. 50 ; Beudant, t. VIII, No 81, p. 60.

² Req. 21 avril 1891, D. 1982, L., p. 82, S. 1895, I, 398 ; Cass. 1er mai 1894, D.p. 1895, I, 69 ; Cass. 10 décembre 1894, D.p. 1895, I, 437.

³ Parce que le C.O. ne contient aucune règle pour le cas où, durant les pourparlers, l'un des contractants mourrait ou perdrait l'exercice des droits civils, Von Tuhr, p. 165.

Saleilles, de la déclaration de volonté, p. 182 ; B.G.B., art. 130, al. 2.

⁴ Von Tuhr, p. 165.

Oser, rem. prélim., art. 3 à 10.

Becker, No 4, ad. art. 3.

Rossel, Manuel du Droit fédéral des obligations, p. 34.

fassent usage du droit de révocation que leur confère l'article 9 du C. O.

b) Si l'offrant meurt ou devient incapable *après* que l'offre est arrivée à destination, cette offre est obligatoire et irrévocable et fait partie de l'actif et du passif du de cujus et lie ses successeurs ou ses représentants¹.

Dans le cas où l'offrant décède avant l'arrivée de l'acceptation, ses héritiers ont-ils ou n'ont-ils pas la possibilité de conclure à sa place ?

Cette question n'est pas prévue par le Code.

D'après von Tuhr, il doit être tenu compte du point de vue personnel de l'acceptant². Il est nécessaire de savoir si le destinataire de l'offre aurait éventuellement traité sans autre avec les héritiers de son co-contractant ou, au contraire, s'il tenait à le faire exclusivement avec lui.

On se prononcera pour la première alternative lorsque l'offrant possédait un commerce dont l'exploitation continue après sa mort. Le jugement opposé s'impose lorsque l'offre est fondée sur le fait que l'exécution de la proposition ne pouvait avoir lieu qu'entre l'offrant et l'acceptant. Il est évident que, dans ce cas, la mort de l'offrant annule l'offre :

Par exemple, une offre de donner des leçons, de faire un portrait, etc.

Enfin, le principe de la transmissibilité de l'offre peut être infirmé par un arrangement antérieur, par la loi ou les circonstances lorsque la personnalité est un élément du futur contrat³.

¹ Estoppey, thèse, p. 27.

² Von Tuhr, p. 165.

³ Art. 68 et 327 du C.O.
Von Tuhr, p. 165.

CHAPITRE IV

L'acceptation

Définition

L'acceptation est une résultante : celle de la manifestation de la volonté expresse de la partie à qui une offre a été faite de conclure le contrat proposé aux conditions stipulées, c'est-à-dire conforme à la proposition elle-même. Autrement dit encore, c'est la réponse affirmative à la question posée dans l'offre, c'est le point final du contrat en formation entre les deux parties. co-contractantes.

Comme l'offre, c'est une manifestation de volonté qui n'est soumise, en principe, à aucune condition de forme ¹.

D'une façon générale, personne n'est tenu d'accepter des offres qui lui sont faites, ni même de donner une raison à son refus ². Ce principe se rapporte aussi à l'envoi de marchandises non commandées. Il n'existe aucune obligation de renvoyer des objets adressés avec une offre de vente, ni de prendre des soins particuliers pour les conserver. La menace selon laquelle le destinataire sera considéré acceptant s'il ne renvoie la marchandise (envoi contre remboursement) est inopérante et ne change rien à cet état de chose, car l'offrant ne peut, en aucun cas, imposer au destinataire la façon de refuser ³ ou lui imposer un travail positif, et ceci pas davantage encore en vertu du principe de la bonne foi (C. C. S. 2) ⁴.

¹ Art. 11, C.O.

Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 115.

Oser, rem. prél. aux art. 3-10, No 9.

² Oser, rem. prél. aux art. 3-10.

Beudant, t. VIII, p. 49, No 69.

³ Von Tuhr, p. 166

⁴ Rossel, p. 37.

Von Tuhr, p. 166

Il y a cependant des exceptions :

1. Les exploitations sous monopole de droit ou de fait peuvent se trouver obligées par la loi d'accepter des offres.

Ainsi, les services publics tels que : poste, télégraphes, téléphones, chemins de fer, bateaux à vapeur sont tenus de contracter lorsque les offres sont conformes aux prescriptions et règlements approuvés par l'Etat et ne comportent pas de raisons particulières de refus. Il en va de même pour d'autres exploitations auxquelles la concession des pouvoirs publics est nécessaire, même si leur situation n'est pas prévue par la loi, comme par exemple : les services du gaz et de l'électricité, de l'eau, taxis publics, etc.¹.

2. Il n'existe, selon l'article 6 du C. O., d'obligation de répondre à une offre que dans le cas où, une réponse expresse n'étant pas attendue, le fait de ne pas refuser vaut acceptation, ainsi ceux visés par l'article 395 du C. O., où cette présomption est liée à toute absence de réponse².

3. Une obligation de conclure un contrat et de répondre à une offre peut naître d'un contrat ou d'une promesse de contracter (art. 22 du C. O.)³.

Section 1 : *Par qui l'acceptation doit-elle être donnée ?*

En laissant de côté la question de capacité civile qui n'entre pas en ligne de compte, il faut répondre tout simplement : « par celui à qui l'offre a été faite »⁴.

Cela peut être n'importe quel individu si l'offre s'adresse à des personnes indéterminées.

¹ Fick, rem. prélim. 20, ad. art. 1 et ss.

Oser, rem. prélim. aux art. 3-10, note 25.

Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 115.

² Oser, rem. prélim. aux art. 3-10, note 26.

Beudant, t. VIII, No 69, p. 49.

Trib. Comm. Nantes, 19 mai 1906, D.P. 1908, II, 313, note de Valéry;

Trib. Comm. Lille, 15 mai 1928, D.P. 1930, II 104.

³ Oser, ad. art. 3-10, note 27.

⁴ Cousin, thèse, p. 152.

En revanche, si l'offre présente un caractère individuel, c'est-à-dire si elle est adressée à une personne bien désignée, elle ne peut être acceptée valablement que par cette personne à l'exclusion de tout autre ; en cette matière, seule l'intention du pollicitant fait règle, car c'est celui qui prend l'initiative.

L'acceptation d'un contrat est, sans doute possible, une faculté pour celui qui a reçu l'offre ; lui seul peut prendre une décision.

Cette faculté n'est pas transmissible, à moins que l'offre ne soit formulée aux fins d'être acceptée soit par le destinataire, soit par un tiers. Dans le cas où une offre est adressée à un groupe de personnes, l'acceptation de toutes les personnes à qui l'offre a été présentée est-elle nécessaire, ou bien est-il suffisant qu'un seul ou quelques-uns d'entre les destinataires acceptent ?

La solution de cette question doit être recherchée dans la déclaration du pollicitant¹. C'est une chose qui dépend uniquement du caractère de l'offre :

Si celle-ci s'adresse à plusieurs personnes dans le seul but d'augmenter les chances d'être acceptées, s'il résulte des circonstances ou de la nature de l'affaire que le pollicitant entend contracter avec l'un quelconque d'entre les destinataires de l'offre, l'acceptation collective de tous les destinataires de l'offre ne sera pas nécessaire. Celui d'entre eux qui accepte le premier, quel qu'il soit, formera le contrat.

Si, au contraire, l'offrant entend contracter en bloc avec les destinataires de sa proposition, l'acceptation individuelle d'un seul d'entre eux ne suffira pas pour former le contrat.

Cette solution est applicable lorsque l'offrant a fait dans un seul acte l'offre de vendre plusieurs objets déterminés.

A cet effet, il sera nécessaire de rechercher aussi si le pollicitant entend proposer la vente en bloc de tous les objets figurant dans sa proposition ou s'il entend faire des offres séparées, dont les unes peuvent être acceptées, les autres refusées.

¹ Valéry, p. 88.

Il s'agira de reconnaître s'il a fait une offre unique ou des offres multiples contenues dans un seul acte.

Par exemple :

« A » propose dans un acte la vente de son mobilier, des tables, des chaises, une radio, etc. pour une somme totale de fr. 10.000.—. C'est une offre unique qui doit être acceptée en bloc, c'est-à-dire qu'au cas où une personne acheteuse désirerait la radio seulement, la vente ne pourrait pas avoir lieu.

Si « A » proposait la vente des mêmes objets, mais en prenant soin d'indiquer le prix de chacun d'eux séparément, on aurait alors des offres de vente séparées et multiples. N'importe qui pourrait alors acquérir la radio seulement, s'il le désire, sans être obligé d'acheter également le reste.

Savoir si l'on a affaire à une offre unique contenant plusieurs objets ou à des offres multiples distinctes est une question de fait qui doit être appréciée dans chaque cas particulier par le juge.

Dans quel délai l'acceptation doit-elle se produire ?

Indubitablement, tant que l'offre subsiste, autrement dit, depuis le moment où elle se manifeste jusqu'à celui où elle s'anéantit pour quelque cause que ce soit, sauf le cas d'acceptation tacite¹.

Précisons que l'acceptation étant une réponse à l'offre, elle ne peut évidemment être adressée au pollicitant qu'après la réception de l'offre, car, bien entendu, la réponse ne peut précéder la question.

Autre point à examiner :

Est-il possible aux héritiers d'accepter une offre faite à une personne dont le décès est survenu ?

Lorsque le destinataire d'une offre est mort avant d'avoir accepté, la question de savoir si oui ou non ses héritiers ont le droit et la possibilité de continuer la transaction se pose. Or, le C. O. n'a pas prévu cette question.

Pour von Tuhr, tout dépend des intentions que le pollicitant a mises plus ou moins en évidence dans son offre².

¹ C.O. suisse, art. 6.

² Von Tuhr, p. 165.

Aurait-il voulu conclure éventuellement avec les héritiers du destinataires, ou, si celui-ci venait à manquer, pensait-il abandonner l'affaire ?

Une réponse affirmative est logique dans le premier cas, quand le destinataire est un commerçant, un négociant, ou bien encore dirige une entreprise importante, parce que de tels affaires ne prennent pas fin avec la mort de leur chef et les héritiers peuvent généralement conclure à sa place.

Par contre, la deuxième possibilité est plausible s'il s'agit, entre autre, de louer un appartement, de donner des leçons, d'offrir des objets d'utilité personnelle : prothèse, vêtements sur mesure, lunettes, etc.

Notons que : si l'acceptant meurt *après* l'expédition de son acceptation, quoique *avant* l'arrivée de celle-ci à destination, l'acceptation produira ses effets envers les héritiers de l'acceptant qui sont engagés par elle ¹.

Il s'agit donc du même processus, réflexions et décisions, qu'en ce qui concerne l'offrant, dont la proposition lie les héritiers.

Si la personnalité est un élément majeur de la convention amorcée, le principe de la transmissibilité de l'offre est passible d'empêchement par la loi ou les circonstances ².

Section 2 : *L'acceptation expresse.*

L'acceptation peut être *expresse* ou *tacite* ³.

L'acceptation est expresse lorsque des signes évidents, servant de moyen de déclaration, la manifestent, sans que l'on ait besoin, pour l'interpréter, d'examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été émise ⁴.

¹ Von Tuhr, I, p. 165.

² Art. 68 et 327 du C.O.

³ Art. 1, al. 2 du C.O.

⁴ Von Tuhr, p. 140.

Par. 1. *Les conditions de l'acceptation expresse.*

a) Elle doit correspondre dans tous ses détails et très étroitement aux termes de l'offre. S'il en est autrement, elle vaut refus de l'offre ¹.

Toute modification, adjonction ou restriction rend la conclusion du contrat irréalisable.

Si l'acceptant fait accompagner son acquiescement de diverses clauses non mentionnées dans l'offre, le contrat ne peut se former ; il en est de même s'il en élimine d'autres qui, elles, sont incluses dans l'offre ².

Une acceptation donnée de cette façon équivaut à un refus de la proposition reçue, refus qui peut être accompagné d'une nouvelle offre, exigeant l'acceptation du premier offrant ; cela se ramènerait donc à « une invitation à entamer de nouveaux pourparlers ³, une transaction nouvelle.

Cependant, on doit différencier et apprécier les cas suivants :

1. Dans les cas où l'acceptation prévoit plus de points que l'offre, elle peut être considérée soit comme un refus accompagné d'une offre nouvelle, comprenant les divers points indiqués en surplus, soit comme une acceptation avec proposition de modifier le contrat ⁴.

2. Dans le cas où l'acceptation ne comprend pas tous les points considérés dans l'offre, elle s'assimile à un refus lié à une offre de la part du destinataire ⁵.

¹ Guhl, le Droit fédéral des obligations, trad. fr., p. 83.

² Cassation française, 3 février 1919, Bulletin civil, 1919, p. 21.
Lyon-Caen et Renault, t. III, No 18, p. 14.

Cohen, thèse, p. 100.

³ Guhl, le Droit fédéral des obligations, trad. fr., p. 83.

⁴ Von Tuhr, p. 166 ; ici, Oser n'est pas du même avis que Von Tuhr ; il dit : « Dans le cas où l'acceptation prévoit plus de points que l'offre, elle doit être considérée comme une acceptation liée à une offre pour le surplus. Les nouvelles offres exprimées, notamment les dernières, peuvent, selon les circonstances, conduire à la conclusion tacite » (art. 6 du C.O., Oser, rem. pré. aux art. 3-10, No 10).

⁵ Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 115.
Oser, rem. pré. aux art. 3-10, No 10.

b) L'acceptation doit être nette, concise et catégorique. Une réponse en termes évasifs ne constitue pas une acceptation suffisante ¹.

Par. 2. *Cas spéciaux.*

Comme nous l'avons déjà dit, l'acceptation peut être expresse ou tacite ; il y a cependant quelques cas, très rares, où les Codes français et suisses exigent une acceptation dans un mode déterminé :

a) En matière de donation, le droit français prévoit que les offres du donateur doivent être présentées sur acte notarié et encore que l'acceptation elle-même doit être expresse et faite par acte authentique ².

b) Le cas de cession de créance, en droit français, doit avoir lieu par un acte authentique légalisant l'acceptation du débiteur cédé. Ce consentement ne pourrait donc pas être donné simplement par une lettre missive ³.

c) L'acceptation de la femme mariée à l'offre de emploi de son mari doit être expresse ⁴, ceci particulièrement dans le cas où des immeubles appartenant à la femme sont vendus par le mari et lorsque ce dernier a acheté ensuite un autre immeuble, en déclarant que l'acquisition a été faite avec les deniers provenant de l'aliénation et pour servir de emploi. Après ces formalités, il offre par correspondance le nouvel immeuble à sa femme à titre de emploi.

L'acceptation de la femme peut avoir lieu par correspondance, mais il faut qu'elle soit expresse.

¹ Tribunal civil, Nantes, 4 juillet 1911, Gaz. Pal., 1912, II, p. 423.

² Art. 923, Code civil français.

³ Art. 1690, Code civil français.

⁴ Art. 1435 du Code civil français, tandis qu'en Suisse, l'acceptation de la femme mariée peut être tacite, d'après le professeur Sauser-Hall et résulter des circonstances.

d) Selon l'article 122 du Code de commerce français, l'acceptation d'une lettre de change s'exprime par le mot « accepté ». Il est impossible de dire plus nettement que l'acceptation ne peut être tacite. La même disposition se retrouve en droit suisse ¹.

e) par exemple, dans la contrat de dépôt, en droit des obligations suisses :

« lorsque le dépôt consiste en d'autres choses fongibles ou en papiers-valeurs, le dépositaire n'a le droit d'en disposer que s'il y a été expressément autorisé par le déposant » ².

Le droit du dépositaire d'aliéner des papiers-valeurs ne peut donc pas être déduit de l'attitude du déposant, du fait, par exemple, qu'il aurait toléré jusqu'alors de tels actes de la part du dépositaire ³.

De plus, suivant Von Tuhr, le C.O. a exigé une réponse expresse dans les articles suivants :

art. 160, II, 192, 214, III, 369, 459, III, 462, 481, III, 497, II.

Section 3 : L'acceptation tacite

L'acceptation d'une offre est dite tacite quand elle est le résultat d'une attitude, d'un comportement ou d'actions dont il est loisible, en raison des circonstances, de déduire l'existence de la volonté d'accepter ⁴.

Les conséquences de l'acceptation tacite, sont en général, les mêmes que celles de l'acceptation expresse.

¹ Art. 1015 : « L'acceptation est écrite sur la lettre de change, elle est exprimée par le mot : « accepté » ou tout autre équivalent... »

² Art. 481, al. 3 du C.O.

³ Von Tuhr, p. 140.

⁴ Von Tuhr, p. 141.

L'acceptation tacite consiste donc en un acte actif, suffisamment explicite ou, au contraire, passif (silence ou attitude indifférente) duquel l'offrant peut déduire que le destinataire de l'offre consent à former le contrat.

Exemple : Un marchand qui, recevant une offre concernant l'achat d'une certaine marchandise, exécute cette commande sans autre et envoie la marchandise demandée ¹.

En obtenant de suite aux obligations qui découlent du contrat proposé, le marchand a clairement manifesté que l'offre lui convenait et qu'il l'acceptait. Il a ainsi conclu le contrat proposé ².

On peut encore relever le cas de quelqu'un qui reçoit, sans l'avoir demandé, un objet à l'examen. Il dispose de cet objet comme s'il en était le propriétaire ; disons qu'il coupe les pages du livre envoyé, consomme ou vend les marchandises reçues, utilise les articles envoyés, ou en use de quelque façon que ce soit. Il est censé avoir accepté ainsi l'offre de vente. Le contrat date du moment où il a disposé de l'objet reçu comme s'il était sien.

Nous voyons que, dans ces conditions, le contrat est formé sans que le destinataire donne une réponse formelle à l'offrant et, également, sans que l'offrant puisse avoir connaissance de l'acceptation.

« Cela résulte, dit Von Tuhr, du fait que l'auteur de l'offre a renoncé à une réponse du destinataire ou, qu'en raison des circonstances du but de l'offre, on doit admettre que son auteur n'attend pas de réponse » ³.

Une foule de cas très différents, très variables suivant les espèces peuvent conduire à une acceptation tacite. Nous n'envisageons donc que des cas spéciaux :

¹ Von Tuhr, p. 166.

Savatier, t. II, No 100, p. 50.

² A.T.F., 38, II, p. 519.

³ Von Tuhr, p. 166.

a) Il s'avère plus facile de conjecturer une acceptation tacite lorsque cette acceptation aura pour effet d'obliger l'offrant à un acte déterminé, sans obligation correspondante à la charge de l'acceptant.

Exemple : Une récompense est promise à celui qui retrouvera un objet perdu. Cette offre doit être considérée comme acceptée par celui qui trouve l'objet en question.

b) Nous avons déjà établi que l'acceptation tacite peut résulter aussi de l'exécution de l'offre ¹.

Exemple : « A » consommateur, propose à « B », marchand de vin, de lui acheter dix bouteilles de vin de Neuchâtel à un prix donné. « B » ne répond pas à l'offre, mais il envoie les bouteilles demandées. Ici, l'exécution correspond à une acceptation pure et simple, à condition que la livraison soit effectuée à une époque proche de celle de la demande ; car, si un long délai s'institue entre l'offre et l'envoi, l'acceptation courrait le risque de devenir inutile, par suite d'une révocation tacite de l'offre ou de la fin de la validité de celle-ci.

L'acceptation peut aussi résulter du fait qu'un acheteur éventuel envoie en retour le prix de vente désigné par l'offrant.

Exemple : « A » a écrit à « B » pour lui offrir en vente une radio à un prix fixé. « B », sans donner une acceptation expresse envoie de suite le prix demandé. La vente est donc conclue entre les deux parties. Bien entendu, il faut encore qu'il n'y ait pas de divergence entre l'offre et le fait qui constitue l'acceptation, soit l'envoi du prix demandé.

¹ Pothier, De la Vente, No 32.

Valéry : Des contrats par correspondance, No 87.

Tribunal de la Seine, 26 décembre 1913, Gaz. Trib. 1916.

Lyon-Caen et Renault, t. III, No 16, p. 12.

Ripert, p. 131, note 1.

c) L'acceptation tacite résulte également de l'usage d'une chose que l'on a reçue sans l'avoir commandée ¹ (voir exemple donné ci-dessus).

d) Dans le mandat ou la commission, l'acceptation tacite résulte d'une attitude du mandataire (395 et 425, 440 et 467 du C.O.).

Ces contrats se forment parfois par correspondance :

Une proposition est adressée à une personne de faire telle opération à des conditions déterminées. Le plus souvent, cette personne exécute sans répondre. Le contrat est ainsi formé ² sans qu'une réponse expresse de la part de l'acceptant soit nécessaire. L'exécution vaut acceptation.

e) L'acceptation tacite se rencontre encore dans le contrat de bail. Du simple fait d'enregistrer l'offre par un locataire qui a reçu la proposition de prorogation du bail découle cette acceptation ³.

On la trouve aussi dans la reconduction tacite du bail à ferme ou du bail àoyer ⁴.

f) La ratification d'une vente conclue par un représentant sans mandat est le fait d'une acceptation tacite ⁵.

g) Le bénéficiaire d'une promesse de vente qui revend la chose, qui en fait l'objet, est convaincu d'acceptation tacite ; de même pour un directeur de théâtre qui fait figurer sur un programme destiné au public une pièce qui lui a été présentée

¹ En cas d'envoi de marchandises non commandées, on parle souvent d'une « offre réelle ».

Von Tuhr, p. 166.

² Art. 1985, al. 2 du Code civil français : « L'acceptation en mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire » ;

Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, No 107, p. 131 ;

Von Tuhr, p. 166.

Becker, rem. 7, art. 6, C.O.

³ Req. 15 avril 1874, Dalloz, 1875, I, p. 356 ; s. 1874, I, p. 432 ; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, No 107, p. 131.

⁴ Art. 292 et 268 du C.O.

⁵ Triunal de la Seine, 22 mai 1911, Cass. Trib. 14 septembre 1911, art. 38 du C.O.

par un auteur¹ ; de même encore pour un directeur de revue qui, recevant le manuscrit d'un article, en envoie une épreuve à l'auteur².

h) La simple acceptation de services dans un contrat de travail équivaut à une acceptation tacite, si un salaire pouvait être présumé³ ; de même pour l'acceptation d'ouvrages dans un contrat d'entreprises⁴ ou pour celle des services d'un courtier⁵.

Section 4 : Acceptation tacite par le silence⁶.

Par. 1 - Généralités sur le silence

Le silence, à lui seul, n'est pas, en général, suffisant pour créer un lien obligatoire⁷. On peut très bien l'interpréter comme un refus, plutôt que comme une acceptation⁸.

Un proverbe assure : « Qui ne dit mot, consent », mais en droit, il faut admettre l'inverse « Qui ne dit mot, ne consent

¹ Paris, 19 février 1910, Dalloz, 1913, II, p. 35 ;

² Tribunal de la Seine, 26 décembre 1913, Gaz. Trib. 1914, première semaine, II, p. 92 ;

Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, No 43, p. 72 ;

Planiol, Ripert et Esmein, t. I, No 107, p. 131 ;

Demogue, t. II, No 554 ter, p. 172.

³ Art. 320, al. 2 du C.O.

⁴ Art. 370, du C.O.

⁵ Art. 412, du C.O.

⁶ D'après notre définition des contrats par correspondance, le cas du silence n'entre pas dans ce domaine ; mais nous traitons ce sujet parce que l'acceptation peut aussi résulter du silence.

⁷ A.T.F. 23, p. 232 ; 30, II, 301 ; 71, II, 223 ; J.d.T. 1946, 238 (note de R. Secrétan).

Demogue, t. II, No 555, p. 172 et ss.

Lyon-Caen et Renault, t. III, No 16, p. 13.

Beudant, t. VIII, No 69, p. 47.

⁸ Cass. civ. française, 25 mai 1870, s. 1870, I, 341.

Seine, 6 mai 1914, Gaz. Trib. 1914, I, 394.

Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, I, No 34, p. 74.

Colin et Capitant, II, No 26, p. 24.

pas » ¹, ou plus exactement, qui ne dit mot, ne consent, ni ne refuse.

En général, donc, le silence à lui seule ne peut jamais constituer une manifestation de volonté, pas plus affirmative que négative ou tacite ². Le silence du destinataire d'une offre ou d'un avis ne doit pas être interprété dans le sens d'une acceptation ou d'une ratification. On ne peut obliger personne à répondre à des questions non provoquées ³.

En principe donc, le silence équivaut pratiquement à un refus ⁴.

Exemple : Si un marchand écrit à « A » : J'ai à vendre tel objet à tel prix » et que « A » ne répond pas, le contrat ne se formera pas. Même si le marchand avait spécifié : « Si vous ne refusez pas mon offre dans le délai de dix jours, j'expédierais la marchandise », le contrat n'aura pas plus de chance de se former. Au cas où la marchandise pénétrerait chez le destinataire de l'offre, personne ne peut l'en rendre dépositaire et il ne sera pas tenu pour responsable de sa perte, le cas échéant. L'expéditeur a toute latitude d'agir en restitution mais il n'a aucun droit à des dommages-intérêts quels qu'ils soient, même si la marchandise est détériorée. Il en sera exactement de même si l'offrant déclare ne pas disposer de la marchandise offerte avant d'avoir reçu notification d'un refus et qu'il considère le silence comme une acceptation.

La jurisprudence française a admis ferme ce principe en prononçant :

« Que le fait de se laisser délivrer de la marchandise à domicile ou de la garder longtemps, ne vaut pas acceptation » ⁵.

¹ J.d.T. 1946, p. 238.

² Oser, ad. art. 1, rem. 64 ;

J.d.T. 1946, p. 238 ; civil, 25 mai 1870, D. 70, I, 257 ;

Req. 27 mars 1938, D.P. 1939, I, 5, note Voirin.

³ A.T.F. 12, 316 :

Von Tuhr, I, p. 141 ;

J.d.T. 1946, p. 238.

⁴ A.T.F. 30, II, p. 301 et ss.

⁵ Marseille, 13 juillet 1900, D. 1900, I, p. 323.

Il en a encore été jugé de même dans le cas d'éditeurs de journaux qui envoient un journal et qui, lorsque ce journal n'a pas été refusé prétendent qu'il y a abonnement. Leur prétention est erronée et il en est encore de même si, en plus, la bande du journal porte que la réception vaudra abonnement ¹.

Par. 2 - *Cas spéciaux*

Il y a cependant quelques cas exceptionnels où le silence seul, même sans aucun fait visible d'exécution doit être interprété comme une acceptation de l'offre. Mais pour qu'une interprétation semblable puisse être acceptée comme valable, il est nécessaire que cette présomption se justifie.

« par la nature spéciale de l'affaire proposée ou par les circonstances » ².

Nous établirons ci-dessous un tableau des principaux cas admis par les codes et jurisprudences françaises et suisses.

I) La loi oblige, dans certains cas, le destinataire d'une offre à la refuser, s'il ne désire pas former le contrat. Dans ce cas particulier, la loi interprète le silence du destinataire comme une acceptation. On peut citer par exemple :

- a) les articles 1738 et 1776 du Code civil français ;
- b) l'article 223 du Code de commerce français ;
- c) les articles 225, 268, 395, 425, 440 du C.O. ;
- d) l'article 167, al. 1 du C.C.S.

Les articles 1738 et 1776 du C.C.F. et 268 et 292 du C.O. permettent d'interpréter l'inaction d'un bailleur au fait que le preneur reste dans les locaux comme une véritable acceptation.

¹ Tribunal civil de la Seine, 19 avril 1893, Gazette du Palais, 1893, II, p. 162 ;
Planiol, t. II, No 972, p. 375.

² Art. 6 du C.O.
Ripert, II, No 184, p. 68.
Lyon-Caen et Renault, t. III, No 16, p. 13 ;
Escarra, t. II, No 981, p. 580 ;
Beudant, t. VIII, No 69, p. 48.

Remarquons bien que, dans notre exemple, l'offre et l'acceptation sont toutes deux tacites. L'offre résulte du fait que le locataire continue sa possession et l'acceptation du silence, de l'inaction du bailleur. L'opinion des législateurs français et suisses est que l'on peut très bien considérer ce silence comme une acceptation, car l'article 1739 du Code civil français et 268 du C.O. obligent le bailleur qui ne veut pas contracter un nouveau bail à notifier son congé au preneur ; à défaut du congé envoyé, le silence du bailleur vaudra acceptation.

2) « Lorsqu'en raison de la nature spéciale de l'affaire ou des circonstances, l'auteur de l'offre ne devait pas s'attendre à une acceptation » ¹.

Ici, surgit une question :

Dans quelles circonstances l'auteur de l'offre est-il autorisé à prendre le silence de sa partie adverse comme un adhésion ?

D'après Von Tuhr et la jurisprudence du Tribunal fédéral : « Cet effet de droit se produit lorsque celui qui a gardé le silence aurait pu et dû manifester son refus, s'il entendait ne pas accepter la thèse ou l'offre de son correspondant » ².

On peut déduire par conséquent, que deux conditions sont nécessaires :

a) Le destinataire de l'offre doit avoir la possibilité de parler, car, évidemment, on ne saurait admettre l'obligation de réagir si l'intéressé n'a pas l'occasion de le faire. D'après Von Tuhr, cette possibilité repose avant tout sur la connaissance des faits qui pourraient donner lieu à un refus ³.

¹ Art. 6 du C.O.

² Von Tuhr, I, p. 141 ;
J.d.T. 1946, p. 239-240.

³ Von Tuhr, I, p. 141, note 46 ;
J.d.T. 1946, p. 240.

b) Le destinataire de l'offre a l'obligation de parler. Autrement, son silence vaudra acceptation selon la loi ou le contrat, lorsque les circonstances particulières lui impartissaient le devoir de réagir s'il n'était pas d'accord.

Exemple : Le silence de celui qui a reçu des marchandises non commandées sera interprété d'une façon ou d'une autre, suivant qu'il est ou qu'il n'est pas en relations d'affaires avec l'expéditeur.

3) Le silence vaut une acceptation, lorsque le destinataire de l'offre doit, selon les règles de la bonne foi ou de la loyauté en affaires ¹ notifier un refus exprès s'il n'a pas le désir d'accepter. En voici un exemple dans les cas suivants :

a) Lorsque le destinataire de la lettre d'offre est un commerçant et que l'offre porte sur des objets dont il fait précisément commerce ². Le silence prolongé du destinataire dans ce cas sera considéré comme une acceptation plus facilement en tout cas que lorsque le destinataire de l'offre n'est pas un commerçant. Ceci est la conséquence de la rapidité que demandent les affaires commerciales ³.

Nous estimons cependant que la qualité du commerçant à elle seule n'est pas suffisante pour permettre d'interpréter le silence du commerçant comme une acceptation. D'autres circonstances doivent encore obligatoirement entrer en jeu.

¹ A.T.F. 19, p. 929 ; 23, I, p. 232 ; 30, II, 301 ; 38, II, 588.

² A.T.F. 30, II, p. 302.

Civil, 11 juillet 1923, s. 1924, I, 177 ; 15 juillet 1926, s. 1926, I, 262.
Delamare et Le Poitevin, II, No 155.

Lyon-Caen et Renault, III, No 16, p. 13.

³ Bordeaux, 3 juin 1867, s. 1868, II, p. 138 ;
Valéry, p. 97 ;

Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, I, No 46, p. 97.

Nous avons en faveur de notre thèse, un jugement du Tribunal de commerce d'Arras¹ et plusieurs arrêts du T.F. suisse² qui décident qu'en règle générale en matière commerciale, le silence gardé par celui auquel une offre est adressée ne vaut pas acceptation.

Nous pensons simplement qu'en matière commerciale, on peut plus facilement admettre la formation du contrat qu'en matière civile³.

b) lorsque les usages du commerce exigent une réponse de la part du destinataire⁴.

c) lorsque l'offrant et le destinataire de la proposition sont tous deux hommes d'affaires. Peu importe qu'ils n'aient pas, jusque là, entretenu des rapports réguliers⁵.

d) Lorsque les parties avaient depuis longtemps de tels rapports⁶, les affaires étant toujours traitées de cette façon jusqu'ici⁷, et les parties ayant coutume de considérer comme acceptées les propositions qui n'étaient pas expressément refusées⁸.

e) Lorsque le destinataire n'est pas un commerçant, mais tout de même un homme rompu aux affaires⁹.

¹ 10 avril 1914, D. 1914, p. 137.

² A.T.F. 19, p. 929 ; 25, p. 223 ; 30, II, p. 298 ; 12, p. 311 ;
Revue judiciaire, III, p. 277.

³ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, No 46, p. 77 ;
Valéry, No 97, p. 101 ;
Aix, 13 août 1873, D. p. 77 ; 5, 456 ;
Lyon-Caen et Renault, Traité du Droit commercial, III, No 16, p. 13 ;
Tribunal commercial, Nantes, 21 mars 1874, Jurisprudence, Nantes,
74, I, 219.

⁴ A.T.F. 38, II, p. 625 ; Req. 15 janvier 1866, I, 439 ;
Civil, 2 juillet 1923, s. 1924, I, 117 ; 15 juillet 1926, s. 1926, I, 262.

⁵ A.T.F. 38, II, p. 625.

⁶ A.T.F. 30, II, p. 302.

⁷ A.T.F. 12, p. 313 ; J.d.T. 1897, p. 261.

⁸ A.T.F. 23, I, p. 232.

⁹ Becker, ad. art. 1, rem. 11.

- f) Lorsque l'offre a été provoquée par le destinataire ¹.
g) Lorsque l'offre est exclusivement dans l'intérêt du destinataire ² et ne lui impose aucune charge, car il est bien certain que personne ne refuse un profit ³.

Reconnaissons cependant que la politesse exigerait qu'une réponse soit donnée, mais on ne compromet pas l'équité par l'acceptation présumée.

L'offrant ayant voulu donner un avantage sans contre-prestation à son profit, ne peut pas se plaindre de ce que le contrat se soit formé tacitement.

D'après Von Tuhr :

« On peut appliquer l'article 6 qui repose sur la fiction d'une volonté d'accepter, à l'offre d'une donation ou d'une autre affaire avantageuse » ⁴.

Peuvent être citées à titre d'exemples :

la proposition accessoire relative au délai qui accompagne une offre principale, laquelle est exclusivement dans l'intérêt de l'acceptant ;

une proposition de remise de dettes, de gage, de cautionnement en faveur du destinataire ;

la promesse d'augmenter le salaire, faite par une compagnie à un employé ⁵.

4) On doit interpréter le silence gardé sur une lettre de confirmation, notamment en matière commerciale, comme une

¹ A.T.F. 32, II, p. 284 ;
Baudry-Lacantinerie, Obligations, p. 76.

² A.T.F. 15, p. 364 ;
Von Tuhr, I, p. 167.
Demogue, Obligations, II, No 555, p. 175 ;
Valéry, par. 99 ;

Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, I, No 45, p. 76-77.

³ Orléans, 2 mars 1881 ; D. 1882, II, p. 244.

⁴ Von Tuhr, I, p. 167.

⁵ Tunis, 22 janvier 1917, Gaz. Trib., 1918, II, p. 80.

acceptation, lorsque, d'après les circonstances, on pouvait s'attendre à un refus exprès ¹.

En pareil cas, il suffira que la lettre ait été remise par le facteur postal aux mains d'une personne autorisée à la recevoir. Il ne sera donc pas nécessaire que le destinataire ait pris connaissance de la lettre ².

Section 5 : La rétractation de l'acceptation

De même que pour l'offre, celui qui donne une acceptation peut, pour diverses raisons, la regretter.

Nous allons examiner si l'acceptation, une fois donnée, peut être rétractée.

Cette question, dit Petit, « dépend de la solution que l'on adopte sur la question de savoir à quel moment se forme la convention. Si l'on adopte la théorie de l'information, la révocation est valable ; elle empêche le contrat de se former » si elle est reçue par l'offrant avant l'arrivée de l'acceptation.

« La révocation de l'acceptation dans de semblables conditions, ne cause aucun dommage à l'offrant, puisqu'il en apprend et reçoit le retrait avant d'avoir pu faire aucun préparatif d'exécution.

« L'équité exige que, pendant le temps qui s'écoule entre l'envoi de la lettre d'acceptation et la connaissance qu'en a prise le pollicitant, l'acceptant puisse révoquer » ³.

Or, poursuivant Petit et les auteurs qui soutiennent cette opinion « cela ne lui est logiquement possible que s'il n'est pas encore engagé dans les liens du contrat ». L'équité est compromise si le système de l'expédition est adopté. « L'équilibre est rompt entre les parties, car le pollicitant peut retirer ses offres tant qu'elles ne sont pas connues du destinataire ;

¹ A.T.F. 30, II, p. 302 ; 32, II, p. 285 ;

A.T.F. 71, II, p. 223 ;

J.d.T. 1941, p. 232 ;

Paris, 25 novembre 1920. D.P. 1922, II, p. 41.

² A.T.F., II, p. 286.

³ Petit, thèse, p. 203.

l'égalité entre les contractants doit être respectée » — donc, l'on doit reconnaître à l'acceptant éventuel le même droit qu'à l'offrant, c'est-à-dire, « la faculté de retirer son acceptation tant qu'elle n'est pas connue de l'offrant » — et jusqu'à ce moment-là — car, « du moment où il reçoit la révocation avant ou au plus tard en même temps que l'acceptation, le pollicitant n'éprouve aucune déception, et il serait tout à fait logique d'admettre la validité d'une révocation en de semblables conditions... » ¹.

Cette théorie a été admise par le C.O. ² et par l'ancien Code de commerce allemand ³.

D'après ces deux codes, la révocation de l'acceptation est valable et empêche le contrat de se former, si elle arrive avant ou en même temps que l'acceptation.

Dans l'hypothèse où la révocation de l'acceptation arrive après la lettre contenant l'acceptation, la révocation trop tardive est nulle et sans effet.

Les textes de ces deux codes nous font admettre la validité de la rétractation, même si la lettre renfermant la révocation est arrivée *après* l'acceptation, mais que le pollicitant en prenne connaissance *avant* de lire l'acceptation. Nous constatons ainsi que, pour ce cas particulier, le législateur suisse a préconisé le système de l'information.

Si, au contraire, nous nous rangeons au système de l'expédition, la révocation de l'acceptation ne produit aucun effet, car le principe de ce système est que, une fois la lettre d'acceptation expédiée, les deux parties sont liées ; dès lors, il devient absolument impossible à l'une comme à l'autre de révoquer son consentement.

¹ Petit, thèse, p. 204-205.

² Art. 9, al. 2.

³ Art. 310, al. 2 de l'ancien Code de commerce allemand ;
« de même, si le retrait de l'acceptation parvient à la connaissance de la partie qui a fait l'offre plus tôt ou aussi tôt que l'acceptation elle-même, cette acceptation est à considérer comme non-avenue ».

Conséquence : l'acceptant ne peut retirer son acceptation, même si elle est encore inconnue de l'offrant.

Quant à nous, nous adoptons le système de l'expédition, c'est-à-dire que nous estimons que le contrat se conclut au moment de l'expédition de l'acceptation ; nous ne pouvons donc pas admettre une révocation postérieure.

CHAPITRE V

Le moment et le lieu de la formation du contrat

Section 1 : Généralités

Dans les contrats par correspondance, contrats entre absents, un intervalle de temps sépare toujours l'acceptation de son arrivée à la connaissance du pollicitant ¹.

Essayons de situer à quel moment et dans quel lieu précis ces contrats deviennent parfaits et produisent leurs effets.

Particulièrement, un contrat devient-il parfait :

- 1) au moment de la manifestation de l'acceptation ;
- 2) au moment de l'expédition de cette acceptation ;
- 3) au moment de la réception de cette acceptation ;
- 4) au moment de la prise de connaissance de l'acceptation par le pollicitant ?

Exemple : « A » de Genève fait une à « B » qui habite Berne. « B » accepte également par lettre. Quel est le moment exact de la formation du contrat ?

Est-ce le moment où « B » a manifesté son acceptation ou celui où il a confié la lettre d'acceptation à la poste ?

Est-ce le moment où la lettre d'acceptation est arrivée à sa destination ou seulement lorsque « A » a connu cette acceptation ?

Un autre point également important à éclaircir est celui du lieu de formation du contrat.

¹ Ripert, t. II, No 354, p. 130.

Nous avons à déterminer si ce sera :

- 1) l'endroit où l'acceptation a été manifestée ;
- 2) celui où elle a été confiée à la poste ;
- 3) l'endroit où l'acceptation a été reçue par le pollicitant.

Suivant la décision prise ultérieurement relativement au contrat, ce sera l'un ou l'autre de ces endroits.

Section 2 : Importance de la détermination du moment et du lieu de formation du contrat

Par. 1 - Généralités

La détermination du moment de la conclusion a une importance primordiale dans les contrats par correspondance, parce que logiquement, c'est dès ce moment que le contrat produit ces effets.

Mais, en droit suisse, le moment déterminant n'est pas celui de la perfection de la conclusion du contrat.

D'après l'article du C.O., dans un contrat entre absents, le moment où le contrat produit ses effets est celui où l'acceptation a été expédiée, en cas d'une acceptation expresse, et le moment de la réception de l'offre, en cas d'acceptation tacite.

Par. 2 - Importance de la détermination du moment de la formation du contrat en droit français

En France, le moment de la conclusion du contrat est décisif, car il permet au contrat de produire ses effets.

La détermination de ce moment est d'une importance capitale pour les raisons suivantes :

a) au point de vue de la rétractation, car, une fois que le contrat est conclu, il est impossible à rompre ; aucune des parties n'a la faculté de rétracter ; aucune ne peut désormais empêcher, par sa seule volonté, ni la formation du contrat, ni ses effets juridiques. La conclusion une fois terminée devient

définitive et les parties ne peuvent se départir du contrat que par un consentement mutuel ¹.

b) Dès le moment de la formation, l'efficacité du contrat devient effective juridiquement.

c) Le moment de la formation est d'une importance considérable lorsque cet instant précis doit être le point de départ d'un délai légal de prescription libératoire, d'un délai de réméré ou du délai de livraison, etc.

d) Il est important encore en ce qui concerne la capacité des parties car, d'après la doctrine et la jurisprudence dominante en France ², il est indispensable que les deux parties contractantes aient toute leur capacité au moment où elles forment leur convention. Peu importe que, par la suite, l'une ou l'autre devienne incapable, cela n'aura aucune influence sur le sort du contrat.

e) Cette détermination exacte devient indispensable lorsqu'il s'agit d'établir le prix de vente, car fort souvent dans un contrat de vente, les parties choisissent comme prix contractuel, le prix des marchandises au cours du marché du jour de la conclusion.

f) Cet instant compte aussi pour beaucoup dans le cas où le créancier d'un failli veut prouver que sa créance est antérieure à l'acte qui a entraîné l'insolvabilité du débiteur.

g) La question présente enfin un intérêt particulier pour la détermination de la compétence et parfois même de celle des lois à appliquer au contrat, car le moment exact de la formation du contrat sert à fixer le lieu et, naturellement, le pays où il se conclut puis, par suite logique, les lois auxquelles il sera soumis :

1. L'article 420 du Code de procédure civile français attribue compétence en matière commerciale à plusieurs tribunaux, entre lesquels le demandeur peut faire son choix, entre autres, le Tribunal du lieu dans lequel la promesse a été faite, c'est-à-dire le contrat conclu, et celui du lieu où la marchandise est

¹ Art. 1134 du Code civil français.

² ci-dessus, p. 61.

livrée. En cas de contrat formé par correspondance, il est indispensable, pour choisir le tribunal compétent, de déterminer : si le contrat devient parfait *par le seul fait de l'acceptation* ou s'il le devient *par l'arrivée* de l'acceptation à celui auquel elle est adressée.

Dans la première hypothèse, le Tribunal compétent est celui du domicile de l'acceptant ; dans la seconde, c'est celui du domicile de l'offrant ¹.

2. Quand le vendeur et l'acheteur se trouvent dans deux pays de législations ou d'usages différents, ce sont les lois et les usages du pays où le contrat se forme (*lex loci contractus*) qui priment et qui s'appliquent originairement au contrat.

Par. 2 - *Importance en droit suisse de la détermination du moment où l'acceptation est expédiée.*

En Suisse, comme les effets du contrat sont reconnus et acceptés au moment où l'acceptation est expédiée ², c'est ce moment précis qui est déterminant par rapport aux effets de la convention.

La situation exacte de cet instant est excessivement importante quant aux conséquences suivantes :

a) Dès cet instant, le contrat produit ses effets ³.

b) Il devient possible de fixer les prix, lorsque le contrat a été conclu au prix du jour, puisque le jour où l'acceptation a été expédiée est déterminant en ce point.

c) Toute latitude est donnée dès cet instant pour décider si un contrat est attaquant ou non, en vertu de l'article 286 L.P.; il est nécessaire de savoir si l'acceptation a été expédiée dans les six mois avant l'ouverture de la faillite.

¹ Lyon-Caen et Renault, *Traité du Droit commercial*, III, No 25, p. 22.

² Art. 10 du C.O.

³ Art. 10 du C.O.

d) Le rang des dispositions opérées par contrat peut être établi.

Exemple :

«A» offre à «B et C» de leur céder une créance et les deux offres sont acceptées. Afin de savoir sûrement laquelle de ces deux cessions est valable, il est indispensable de vérifier la date d'expédition de chacune des deux acceptations et non la date à laquelle ces acceptations sont arrivées chez l'offrant ¹.

e) Il importe beaucoup de déterminer ce moment puisque le lieu et le temps où le contrat produit ses effets sont ceux de l'expédition de l'acceptation.

Les remarques que nous avons faites pour le droit français valent aussi pour le droit suisse.

Section 3 : Le moment de la formation

Par. 1. - Aperçu des divers systèmes

Au sujet de la formation du contrat par correspondance, différents systèmes ont été préconisés.

Les systèmes de la déclaration et de l'expédition admettent que le contrat se forme avant l'arrivée de la lettre d'acceptation chez l'offrant.

En opposition, le système de la réception décide que le contrat se forme au moment de l'arrivée de l'acceptation et le système de l'information admet que le contrat est conclu seulement au moment où l'offrant prend connaissance de l'acceptation.

Nous allons examiner chacun de ces divers modes d'appréciation.

¹ Von Tuhr, I, p. 169.

A. Le système de la déclaration.

D'après ce système, le contrat se forme au moment où le destinataire de l'offre exprime son acceptation, par exemple : le moment où il écrit sa lettre ou son télégramme, donne une réponse affirmative à un message.

C'est par le geste d'écrire lettre ou télégramme ou de répondre verbalement à un envoyé que l'acceptant dote sa volonté d'une existence juridique.

Pour la formation du contrat, ce système réclame seulement le concours des volontés des parties.

Les théoriciens qui le soutiennent¹, admettent qu'une volonté n'a aucune valeur tant qu'elle n'est pas exprimée, mais ils estiment que, dès que la pensée est sortie du cerveau, dès que soit la parole, soit l'écriture l'on traduite, elle cesse d'être une simple intention, autrement dit, dès cet instant, la volonté est aussi bien manifestée extérieurement qu'au moment où le destinataire en prend connaissance.

Evidemment, l'auteur peut détruire sa lettre et empêcher ainsi qu'elle soit connue de son destinataire ; mais c'est là un acte de révocation. Il ne peut plus empêcher que sa volonté ne se soit exprimée, mais il peut cependant empêcher cette volonté exprimée de produire ses effets.

Ainsi appliqué, le système de la déclaration restreint l'exercice du retrait concernant l'acceptation. L'offrant ne peut rétracter que jusqu'au moment où l'acceptant a émis son accep-

¹ Demolombe, t. XXIV, No 75, p. 73 ;

Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, t. I, No 37, p. 57 et ss. ;

Colin et Capitant, 8^{me} édit., II, No 30, p. 29 et ss. ;

Beudant, t. VIII, No 86, p. 61 ; Savetier, II, No 101, p. 51 ;

Valéry, No 118 et ss. Valéry est partisan du système de la déclaration, mais il l'entend autrement. Selon lui, il faut une manifestation extérieure susceptible d'être prouvée et dont la trace ne puisse être effacée.

Voir la liste complète des auteurs français et étrangers partisans de ce système dans Valéry, No 134, p. 129.

tation et, de son côté, l'acceptant n'a aucune possibilité de rétracter son acceptation puisqu'elle a formé le contrat définitivement.

Au point de vue de l'utilité pratique, ce système a un inconvénient : comment peut-on prouver la déclaration ?

En pratique, il est très difficile de prouver le moment et le lieu exact où l'acceptation a été écrite, en sorte que la théorie de la déclaration ne peut s'appuyer que sur des raisonnements académiques et non sur la vie pratique.

B. Le système de l'expédition

D'après ce système, le contrat se forme au moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation, c'est-à-dire au moment où l'acceptant confie sa lettre ou son télégramme au bureau de poste ou de télégraphe ou au moment où il donne son accord à un tiers autorisé.

Donc, selon cette théorie, il suffit, pour que le contrat se forme, qu'il y ait un concours de deux volontés ; l'acceptation vient se joindre à l'offre déjà faite pour créer le contrat.

Les auteurs partisans admettent ici, comme dans le système de la déclaration, que le lieu de la formation du contrat est celui d'où l'acceptation a été expédiée.

Remarquons que ce système exige de l'acceptant une manifestation de volonté plus complète. Il demande non seulement que l'acceptant écrive sa lettre, mais encore qu'il l'expédie.

Le dessaisissement forme la deuxième période, après la déclaration, par laquelle l'acceptation doit passer pour aller de l'acceptant au pollicitant. Ce dessaisissement constitue un véritable acte de volonté qui peut être connu et prouvé plus facilement que l'extériorisation de la volonté admise dans le système de la déclaration.

Tant que la lettre d'acceptation est entre les mains de l'acceptant, le contrat ne se forme pas, car, d'après les partisans de ce système, l'acceptant peut encore, s'il en a le désir, la détruire

ou ne pas l'envoyer ; mais, une fois la lettre mise à la poste le consentement devient irrévocable. La lettre expédiée a échappé à la maîtrise de l'acceptant et, seul, le destinataire est habilité à la recevoir ou à en demander, même à en exiger la remise par la poste ¹.

Les adeptes de cette théorie estiment en outre que l'administration des postes et télégraphes qui autorise le retrait des correspondances en cours de voyage outrepassé ses droits et lèse le destinataire.

C. Le système de la réception

Dans ce système-là, le contrat prend naissance au moment où l'acceptation parvient à l'offrant, c'est-à-dire au moment où la lettre est introduite dans la boîte aux lettres de l'offrant. Ce système, comme les deux premiers, exige le concours des volontés des parties et non pas la connaissance par elles de ces volontés.

Par contre, s'opposant aux systèmes de la déclaration et de l'expédition, il place, comme le système de l'information, le lieu de la formation du contrat à l'endroit où l'offrant a reçu cette acceptation.

Précisons encore que le dessaisissement simple de la déclaration de volonté ne suffit pas. Il faut un dessaisissement irrévocable. En effet, la lettre ou le télégramme une fois remis au destinataire devient sa propriété exclusive et il ne saurait être question de l'en dépouiller désormais sans sa volonté.

¹ Aubry et Rau, IV, par. 343, p. 486 ;

Boistel, Précis de Droit commercial, No 443 ;

Lyon-Caen et Renault, III, No 25, p. 22 et No 27, p. 25 ;

Bufnoir, Propriété et contrat, p. 471 à 478 ;

Girault, Des contrats par correspondance, No 69 ;

Ripert, Essai sur la vente commerciale, No 40, p. 132 ;

Indications des auteurs allemands, anglais, italiens et américains, voir Valéry, Contrats par correspondance.

Le système de la réception est donc un système intermédiaire entre celui de la déclaration et celui de l'information. Il fixe le moment de la formation du contrat à l'instant où l'acceptation est devenue irrévocable, donc au moment précis où l'acceptation passe dans la maîtrise effective de l'offrant.

Les avantages offerts par ce système sont :

1. de permettre à l'acceptant la rétractation dans des conditions pareilles à celles dont l'offrant peut se prévaloir. Il met les deux parties contractantes sur un pied d'égalité parfaite ;

2. d'établir beaucoup plus facilement la preuve que dans le système de l'information. Il est certes plus difficile de prouver le moment où une lettre a été lue que celui où elle a été remise au destinataire ¹.

D'autres partisans de cette doctrine prétendent qu'en adoptant le système de la déclaration ou celui de l'expédition, le moment de la formation du contrat est prématuré, car ce contrat ne peut pas être exécuté par l'offrant si celui-ci n'a pas reçu l'acceptation, tandis que la chose est tout à fait possible en admettant le système de la réception ².

Au moment de la réception, l'offrant prend ou a la possibilité de prendre connaissance de cette acceptation ³. Peu importe, disent les adeptes de ce système, que l'acceptation reste pendant un temps plus ou moins long sans que l'offrant en prenne connaissance. C'est le fait matériel de la remise de la lettre à son adresse qui engage l'offrant dans les liens du contrat.

¹ Von Tuhr, I, p. 147.

² Demogue, II, No 577 et 578, p. 221 et ss.

Huc, VII, No 11, p. 21 ;

Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 115.

³ Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 115.

Voir la liste complète de ce système dans Valéry, No 136, p. 133.

D. *Le système de l'information*

Lorsque l'on applique ce système, le contrat se forme seulement au moment où le pollicitant prend connaissance de la lettre d'acceptation.

« Par conséquent, comme dit Petit, dans une convention conclue par correspondance, il faudra non seulement que la lettre d'acceptation soit arrivée au domicile de l'offrant, mais encore, il faut que celui-ci en ait pris connaissance ; si, par hasard, le pollicitant est absent de son domicile au moment où la lettre y parvient » (voyage, maladie, etc.) « le contrat ne sera formé que quand, étant de retour, il aura pris connaissance de la lettre qui l'attend »¹.

En justification de ce système, ses partisans présentent les arguments suivants² :

« ... le contrat conclu par correspondance est de la même nature que le contrat passé entre présents. Dans un contrat comme dans l'autre l'échange des consentements n'est pas simultané, il est successif : l'offre et l'acceptation ne sont pas co-existantes, mais sont des faits séparés par un intervalle de temps : dès lors, le contrat par correspondance ne diffère du contrat entre présents que par un point tout à fait secondaire, c'est que l'intervalle de temps est beaucoup plus long » dans le contrat conclu par correspondance, donc entre personnes éloignées, que dans le contrat entre présents. « Mais, à part cette différence, la situation est la même : les principes doivent rester les mêmes ».

Si nous admettons que « dans le contrat entre présents, le moment où se forme la convention est celui où l'auteur de

¹ Petit, thèse, p. 160 et 161.

² Merlin, Répertoire, Vme vente, par. 1, art. 3, No 11 ;
Touiller, III, No 29 ;

Larombière, I, art. 1101, No 19 ;

Planiol, t. II, No 984, p. 378 ;

Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, No 160, p. 214 ;

Voir la liste complète des partisans du système dans: Valéry, No 132, p. 128.

l'offre a attendu » la réponse affirmative, nous devons appliquer la même règle au contrat conclu par correspondance.

Nous voyons ainsi que ceux qui soutiennent ce système reconnaissent que, dans les contrats par correspondance, « l'écriture joue, entre personnes absentes, le même rôle que la parole entre parties présentes » ¹.

Une lettre d'acceptatio n'a pas d'effets tant que le destinataire n'en a pas pris connaissance ; de même également, une acceptation verbale n'a pas d'effet tant que la personne à qui elle été adressée n'a pu en saisir les termes. Etant donné que l'auteur d'une réponse orale peut la modifier avant de la répéter, si on ne l'a pas comprise, de même, l'expéditeur d'une lettre d'acceptation peut tout aussi bien la révoquer par un télégramme, tant qu'elle n'est pas parvenue à la connaissance du pollicitant.

Dans un cas aussi bien que dans l'autre, il n'y a pas de contrat aussi longtemps que l'offrant ignore si son offre a été acceptée.

Les inconvénients inhérents au système de l'information sont les suivants :

1) En exigeant que l'acceptation soit connue du pollicitant, il met, selon Petit, « l'acceptant à la merci de l'offrant ». Il est parfaitement impossible à l'acceptant de savoir s'il est engagé par le contrat ou non. « Il est exposé éventuellement à souffrir par le mauvais vouloir ou la négligence du faiseur d'offres » ².

2) Il exige également la preuve que l'offrant a connu l'acceptation. Cette preuve incombant à l'acceptant est très difficile à faire, même si l'acceptant a recommandé sa lettre ; en pareil cas, il peut parfaitement prouver que l'offrant a reçu la lettre d'acceptation, mais il ne prouvera nullement que le contenu de la missive a été lu par le destinataire, ni à quel moment l'offrant a ouvert ce pli recommandé.

¹ Estoppey, p. 53.

² Petit, thèse, p. 173-174.

Par. 2 - *Les systèmes mixtes*¹

Il existe divers systèmes mixtes qui se justifient opportunément par la nécessité de la pratique, mais à notre avis ils comportent certaines contradictions.

Nous exposerons seulement le système mixte de Windscheid, en raison de l'influence prépondérante qu'il a exercée sur les rédacteurs de l'ancien Code de commerce allemand, base lui-même du Code des obligations suisse sur les questions touchant à la conclusion de contrats entre absents.

*Système de Windscheid*²

D'après lui, une règle générale pour le moment de la formation du contrat ne peut pas être posée. La situation change, selon qu'il s'agit d'un contrat unilatéral ou d'un contrat synallagmatique.

1) Dans les contrats unilatéraux, si l'offre émane de celui qui veut devenir créancier, le système de l'information doit être appliqué. Le contrat se formera au moment où la lettre d'acceptation (du débiteur) arrive chez l'offrant.

Dans le cas contraire, si l'offre de contracter part de celui qui veut désormais devenir débiteur, c'est le système de la déclaration qui sera applicable système selon lequel le contrat est formé dès que l'acceptant (le futur créancier) a fait sa déclaration d'acceptation. Mais Windscheid laisse cependant à l'acceptant le droit de rétracter, à condition que le retrait arrive avant ou en même temps que l'acceptation.

¹ Les systèmes mixtes sont soutenus en France par Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, I, par. 20, p. 17, et en Allemagne par Windscheid, *Pandekten*, II, par. 307 ;

Koppen, *Jahrb. Für die Dogmatik*, p. 360, t. XI.

² cf. l'article de Rivier sur le système de Windscheid.

Revue de Droit international et de législation comparée. Année 1872, t. IV, p. 535.

2) Dans les contrats synallagmatiques où chaque partie est à la fois débitrice et créancière, Windscheid conseille d'appliquer les règles suivantes :

a) L'offrant est lié par la déclaration d'acceptation.

b) L'acceptant, par contre, n'est lié que par l'arrivée de son acceptation chez l'offrant. D'après Windscheid, la position de l'acceptant entre l'émission et l'arrivée de son acceptation chez l'offrant est semblable à la situation d'un pupille.

c) L'offre peut être révoquée jusqu'au moment de la déclaration d'acceptation.

d) L'acceptation peut être révoquée jusqu'à son arrivée chez l'offrant.

La déclaration de révocation produit ses effets dès son expédition et non dès son arrivée.

D'après Windscheid encore, l'auteur de la révocation doit indemniser l'autre partie pour le dommage qu'elle a subi en conséquence de son ignorance de la révocation (intérêt négatif).

e) En cas d'acceptation tacite, celui auquel l'offre est faite est lié par l'achèvement de l'acte qui manifeste sa volonté d'acceptation. Windscheid a emprunté à chaque système la solution qui lui paraissait la meilleure pour bâtir le sien qui conserve malgré tout, tous les inconvénients inhérents à chacune de ces différentes théories.

La plupart des législations modernes ont adopté un système mixte. C'est le cas, entre autres, de l'ancien Code de commerce allemand¹ qui, tout en prenant le système de l'expédition comme base, admet le système de la réception pour le moment jusqu'auquel la révocation est possible.

Nous examinerons les théories de cet ancien Code de commerce allemand en regard de l'influence qu'il a exercé sur la rédaction du Code des obligations suisse.

¹ Art. 321 de l'ancien Code de commerce allemand.

Système de l'ancien Code de commerce allemand

Comme nous l'avons déjà exprimé ci-dessus, l'ancien Code de commerce allemand se base, en principe, sur le système de l'expédition. Le contrat devient parfait dès le moment où l'acceptant se dessaisit de son acceptation.

Mais, le Code dispose les règles suivantes en ce qui concerne la révocation de l'offre et celle de l'acceptation :

a) L'offre peut être révoquée, à condition que le retrait arrive avant ou en même temps que l'offre à la connaissance de son destinataire (art. 320).

b) L'acceptation peut être révoquée à condition que son retrait arrive à la connaissance de l'offrant avant ou en même temps que l'acceptation elle-même (art. 320, al. 2).

De plus, il édicte encore les règles qui suivent sur le caractère de l'offre et le délai durant lequel l'offrant doit maintenir sa proposition dans les contrats entre absents :

L'offre faite entre absents a un caractère obligatoire et lie son auteur :

« jusqu'au moment où, en calculant d'après les délais ordinaires, il devrait avoir reçu la réponse de l'autre partie » (art. 319).

Par conséquent, le contrat qui s'est formé au moment de l'acceptation ne pourra avoir d'effet que si cette acceptation arrive dans le délai convenable à la connaissance de l'offrant :

« l'acceptation envoyée sans retard, mais reçue après le délai susdit, restera sans effet si la partie qui a fait l'offre a, dans l'intervalle ou immédiatement après le reçu de l'acceptation, fait connaître le retrait de son offre » (art. 319, al. 2).

Si l'acceptation manifestée en temps utile arrive en retard chez l'offrant, celui-ci peut refuser le contrat, à la seule condition d'avertir immédiatement l'acceptant. De tout ceci, il résulte donc que le contrat formé au moment de l'expédition de l'acceptation reste néanmoins soumis à une double cause d'annulation :

1) de la part de l'acceptant qui peut le faire tomber, à condition que sa révocation arrive à la connaissance de l'offrant avant ou en même temps que son acceptation.

2) de la part de l'offrant qui garde la faculté de refuser le contrat si l'acceptation ne lui parvient que tardivement.

Ainsi, le contrat produit ses effets dès l'expédition de l'acceptation, mais il ne devient définitif que lorsque cette acceptation est connue de l'offrant.

Parmi les législations qui ont adopté un système mixte, nous pouvons citer :

Le Code fédéral des obligations de 1881.

Il admet le système de la réception pour déterminer le moment de la formation du contrat et, par contre, le système de l'expédition pour le moment à partir duquel le contrat produit ses effets ¹.

Le Code des obligations de 1911 conserve la théorie de la réception, mais admet tout de même le système de l'information pour déterminer de la façon la plus plausible jusqu'à quel moment la révocation est possible ².

¹ Art. 3 et ss. du C.O. de 1881.

² Art. 9 du C.O. de 1911.

Section 4 : Le système de la doctrine et la jurisprudence française

Le Code civil français ne contient aucune disposition sur le moment de la formation du contrat. Il y a d'autre part de très grandes controverses dans la doctrine et, à ce sujet, la jurisprudence est plus ou moins dans l'expectative.

En définitive, la doctrine et la jurisprudence françaises s'en tiennent surtout aux deux systèmes de l'information et de la déclaration.

Par. 1 - Les partisans du système de l'information

Ces auteurs invoquent, outre les autres arguments, le texte du Code civil, notamment l'article 932 (Code civil français) concernant le contrat de donation. D'après cet article, la donation n'est valable que du jour où l'acceptation, faite par un acte séparé, a été notifiée au donateur.

Ils assimilent l'acte du donateur à une simple offre et cherchent à préciser jusqu'à quel moment il peut la retirer :

Peut-il la révoquer jusqu'au moment de l'acceptation seulement ?

Non pas ; il lui est loisible d'annuler le proposition faite à un éventuel bénéficiaire jusqu'au moment où il a pris connaissance de l'acceptation (d'après Petit ¹).

Ce n'est pas ici, estime-t-il, une règle particulière, unique au contrat de donation, mais « une règle générale pour tous les contrats et qui ne gouverne la donation entre vifs que parce qu'elle est un contrat... et ce qui résulte de ce texte, c'est que l'acceptation, tant qu'elle n'est pas connue de celui qui a fait l'offre, est inapte à former le contrat. Jusque là, il n'y a point de concours des volontés ; il y a simplement deux volontés qui co-existent, mais co-existence et concours, ce sont deux choses absolument différentes ».

¹ Petit, thèse, p. 166.

Nous ne sommes cependant pas d'accord avec cette argumentation et nous préférons nous rallier à la doctrine qui estime que :

« les donations entre vifs étant régies par des règles tout à fait exceptionnelles, et les auteurs du Code ayant manifesté ouvertement l'avis qu'ils ne considéraient pas cet acte comme un contrat, il apparaît comme illogique de vouloir étendre à toutes les conventions la portée d'un texte écrit uniquement en vue des libéralités entre vifs. D'ailleurs, l'article 932 n'a pas, en réalité, le sens absolu qu'on lui prête ; s'il exige que l'acceptation ait été notifiée au donateur, c'est à son égard seulement que cette formalité est nécessaire. Relativement à toute autre personne, la donation existe dès l'instant où elle a été acceptée » ¹.

Par. 2 - *La théorie de la déclaration*

Le système de l'information a été appliqué longtemps par les Tribunaux français ² ; mais, aujourd'hui, il est en défaveur, tandis que la théorie de la déclaration a gagné du terrain.

Selon Estoppey, « cette théorie a été invoquée à l'occasion d'un procès porté devant la Cour de Paris » ³.

En cette affaire, dit-il, l'arrêt rendu est important par la discussion approfondie qu'il a faite des deux théories adverses. Il rejette le système de l'information, en invoquant un arrêt de la Cour de Cassation ⁴. En voici le sommaire :

¹ Demolombe, t. XIV, No 75, p. 73.

² Lyon, 27 juin 1867 ; D.P. 1867, 2, p. 193 ;
Bordeaux, 29 janvier 1892, D.P. 1892, 2, p. 390.
Estoppey, thèse, p. 54-55.

³ Arrêt du 5 février 1910, D. 1913, 2, p. 1.

⁴ Estoppey, thèse p. 55 et 56.

« Dans une promesse de vente donnant au bénéficiaire une option de deux ans, à compter de sa date, celui-ci a pour accepter, un délai plein de deux ans et ce délai ne comprend pas, en l'absence de toute précision sur ce point, le temps nécessaire pour porter l'acceptation à la connaissance du promettant » ¹.

» En se basant sur cette décision judiciaire, la Cour de Paris a modifié sa jurisprudence en déclarant :

» Qu'une vente par correspondance est formée à partir du moment où il y a accord entre les parties sur la chose et, par conséquent, dès l'instant où l'offre faite par l'auteur a été acceptée par le vendeur ».

Par. 3 - *Système de la Cour de Cassation française*

La Cour de Cassation a considéré longtemps le moment de la formation du contrat par correspondance comme une question de fait et a catégoriquement refusé de formuler un principe ², ce dont on peut s'assurer par exemple dans un arrêt du 6 août 1867, où elle s'est prononcée comme suit :

« dans les conventions qui se lient par correspondance entre négociants, la fixation de ce moment est une question de fait plus que de droit en ce sens que la solution de cette question peut varier selon les circonstances particulières de chaque espèce, de telle sorte que les juges du fond sont nécessairement investis en cette matière d'un pouvoir très étendu d'appréciation » ³.

¹ Arrêt du 6 février 1906, D. 1910, p. 154-234, cité par Estoppey.

² 1^{er} décembre 1875, D. 1877, I, 450 ;

13 mars 1878, D. 1878, 311 ;

30 mars 1881, D. 1881, I, 359 ;

Civil, janvier 1923, D. 1923, I, 176.

³ D. 1868, I, p. 35.

Depuis ce temps et jusqu'en 1932, la Cour de Cassation a toujours maintenu son point de vue ; mais, dans un arrêt du 21 mars 1932, elle est sortie de ce désintéressement en posant comme principe que :

« le contrat est rendu parfait par l'acceptation des propositions faites, dès l'instant où cette acceptation a eu lieu » ¹.

c'est-à-dire, en l'espèce, dès l'expédition de la lettre d'acceptation ².

A.C. dans sa lettre dans *Dalloz*, périodique 1947, p. 114, prétend que cet arrêt a mis fin à la diversité de jurisprudence régionale en France ; mais Ripert lui, n'est pas d'accord avec cette opinion. Son principe est que :

« la forme même où cette solution est donnée ne doit pas faire illusion sur sa portée : il s'agit d'une décision d'espèce » ³.

Nous pouvons aussi constater que les Tribunaux français ont toujours appliqué cet arrêt, mais à titre supplétif seulement, c'est-à-dire dans les cas où l'on ne pouvait présumer de l'intention des parties. La jurisprudence française estime en effet que les parties sont libres de déterminer le moment et le lieu de la conclusion de leur contrat ; et, les juges doivent toujours respecter la volonté des parties, qu'elle soit exprimée de façon expresse ou de façon tacite. C'est dans l'absence de toute manifestation de la volonté des parties que les juges appliquent les principes posés par l'arrêt de la Cour de Cassation ⁴.

Cette procédure a été de mise dans le cas d'un jugement du 25 juin 1945 au Tribunal civil de Loches. Nous citons cette sentence pour mettre en lumière la dernière opinion d'un tribunal français en ce qui concerne le moment de la conclusion d'un contrat par correspondance :

¹ Req. 21 mars 1932, D. 1933, I, 65.

² Salle de la Marnière, note D.P. 1923, I, 65.

³ Ripert, t. II, No 360, p. 133.

⁴ Tribunal civil de Loches, 25 juin 1945, D. 1947, p. 113 ;

Escarra, Manuel de droit commercial, t. II. No 982, p. 581.

« Dans les contrats par correspondance c'est l'acceptation qui noue le lien d'obligation ; et du moment que les deux volontés co-existent, le contrat est conclu et devient définitif. Par suite, une promesse de vente doit être considérée comme acceptée dans le délai prévu et la vente comme définitivement conclue si le bénéficiaire de la promesse a dans ledit délai, remis au bureau de poste la lettre recommandée contenant son acceptation de l'offre » ¹.

Ainsi donc, nous pouvons inférer que la jurisprudence de la Cour suprême française s'est ralliée au droit commun législatif, lequel s'établit dans le même sens (Code des obligations suisse, article 10, alinéa 1) ;

« le contrat entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée » ².

Section 5 : Le système du C.O.

Le C.O. a résolu la question de la formation des contrats entre absents dans son article 10. D'après cet énoncé, le contrat produit ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée, bien qu'il ne devienne parfait qu'à l'arrivée de cette déclaration et, en cas d'acceptation tacite, au moment de la réception de l'offre non refusée.

Le système suisse est un système intermédiaire. Le moment à partir duquel le contrat produit ses effets est fixé par lui à celui de l'expédition ; cependant, il retarde jusqu'à l'instant où cette acceptation a été remise à l'offrant, la perfection du contrat. Jusqu'à ce moment crucial, l'acceptant peut rétracter son acceptation. En résumé, pour le droit suisse, le moment où le contrat devient parfait et celui auquel il commence à produire ses effets ne concordent pas.

¹ D. 1947, p. 113.

² Jossierand, p. 35, No 53.

Logiquement, le contrat devrait produire ses effets lorsque tous ses éléments constitutifs se trouvent réunis. En conséquence, d'après le droit suisse, qui admet le système de la réception, un contrat entre absents entrerait censément en vigueur dès l'arrivée de l'acceptation chez l'offrant ¹.

Mais, nous l'avons déjà vu, ce n'est pas le cas puisque le C.O. de même que l'ancien Code de commerce allemand ² prévoit un effet rétroactif, remontant au moment où l'acceptation a été expédiée.

L'importance de l'effet rétroactif est considérable, puisque le lieu et le moment de la conclusion du contrat sont ceux de l'expédition de l'acceptation expresse ou, en cas d'acceptation tacite, ceux de la réception de l'offre ³.

Ce faisant, le C.O. apporte une dérogation aux principes généraux en remettant les effets du contrat à un moment antérieur à celui de sa perfection.

Par l'« expédition », il faut entendre la remise de l'acceptation à l'agent qui doit servir d'instrument de transmission ⁴. Le fait de confier une lettre ou un télégramme d'acceptation à un employé pour qu'il la ou le remette à la poste, ne constitue pas un acte d'expédition.

Le législateur suisse, en énonçant les règles de l'article du C.O. N° 10 a poursuivi les buts suivants :

- a) permettre à l'acceptant de bénéficier des avantages du contrat depuis le moment où il a donné son acceptation ⁵ ;
- b) permettre à l'acceptant de retirer son accord avant qu'il ne soit arrivé à la connaissance de l'offrant ;

¹ Von Tuhr, I, 130.

² Art. 321 de l'ancien Code de commerce allemand.

³ Béguelin, Fiches juridiques suisses No 117.

⁴ Béguelin, Fiches juridiques suisses No 117.

Oser, rem. 4, ad. art. 10.

⁵ Oser, rem. 5, ad. art. 10.

c) restreindre le droit de révocation de l'offrant une fois l'acceptation mise à la poste ¹.

Le C.O. se rallie donc au système de la réception, les déclarations de volonté étant parfaites lorsqu'elles sont parvenues ² ou arrivées ³ ou reçues ⁴. Cependant, le droit suisse connaît deux exceptions :

1. En ce qui concerne le moment depuis lequel le contrat entre absents produit ses effets, il admet le système de l'expédition ⁵.

2. Pour permettre à l'acceptant de retirer son acceptation tant que l'offrant n'en a pas pris connaissance, il admet le système de l'information ⁶.

Cette dernière disposition n'existait pas dans l'ancien Code des obligations suisse ; elle a été incluse lors de la revision de ce code en 1911, au Conseil national suisse. Cette modification a été faite pour des raisons d'équité, mais elle n'a pas vraiment de portée pratique, car, en cas de contestations, le fardeau de la preuve incombe à l'acceptant et la preuve que l'offrant n'avait pas pris connaissance de l'acceptation est très difficile à rapporter ⁷.

De cet exposé, il appert que le moment auquel les effets du contrat remontent, vaut comme moment de la conclusion des contrats par correspondance ⁸. C'est à ce moment que se transfèrent les profits et les risques et c'est aussi le point de départ des intérêts. Ce moment, comme nous l'avons déjà fait remarquer est déterminant pour connaître le prix du marché, le cours de la Bourse, etc.

¹ Habertisch, I, 166.

² Art. 3, al. 2 ; art. 9 ; art. 438.

³ Art. 5, al. 1.

⁴ Art. 5, al. 2 ; art. 10, al. 2 ; art. 265, al. 2.

⁵ Art. 10, al. 1 du C.O.

⁶ Art. 9 du C.O.

⁷ Von Tuhr, I, 149.

Béguelin, Fiches juridiques suisses, No 115.

⁸ Oser, rem. 6, ad. art. 10.

Si l'acceptant meurt après l'expédition, mais avant l'arrivée de la déclaration chez l'offrant, les obligations découlent du contrat, à supposer que l'acceptation parvienne à l'offrant. Cela résulte de la mesure prise par l'article 10 du C.O.

Section 6 : Le lieu de formation des contrats par correspondance

Par. 1 - Généralités

En principe, la détermination du lieu de la formation des contrats par correspondance dépend du système que l'on adopte à propos du moment de la perfection de ces contrats. Comme le dit très justement Savigny ¹, la logique exige que ces deux questions soient résolues de la même manière ².

Les partisans de la théorie de la déclaration considèrent que le contrat est formé au lieu où l'acceptant a exprimé son acceptation. Ceux qui préfèrent la théorie de l'information affirment que le contrat est parfait au lieu où l'offrant a reçu l'acceptation. Enfin, les adeptes de la théorie de l'expédition décident que le contrat prend naissance à l'endroit d'où l'acceptation a été expédiée.

Par. 2 - Solution en droit français

Le Code civil français ne contient, d'une façon expresse, aucune disposition sur le lieu de la formation des contrats par correspondance.

Il n'existe pas de doctrine unanime à ce sujet ; la jurisprudence elle-même est hésitante ; elle désigne comme lieu de la formation : tantôt le lieu d'expédition ³, tantôt le lieu de réception de l'acceptation ⁴.

¹ Système, par. 371, t. VII, p. 233.

² Ripert, II, No 362, p. 134.

³ Paris, 5 février 1910, D. 1913, II, p. 1.

⁴ Lyon, 27 juillet 1867, D.P. 1867.

Quant à la Cour de Cassation française, elle a, pour son compte, elle aussi, statué pendant longtemps qu'il s'agit-là d'une question de fait et que l'on doit laisser l'appréciation au juge pour chaque cas particulier ¹.

C'est en 1932, répétons-le, que dans son arrêt du 21 mars elle a enfin adopté le système de la déclaration ² et que depuis lors elle considère comme lieu de la formation du contrat celui où l'acceptation a été déclarée.

Par. 3 - *Solution en droit suisse*

a) *Lieu de la conclusion du contrat*

En droit suisse, le lieu de la conclusion est celui de l'expédition de l'acceptation ou, si une acceptation n'était pas attendue, celui de la réception de l'offre ³.

Cette mesure a été prise pour la raison déjà décrite dans notre exposé, à savoir : que le Code des obligations prévoit un effet rétroactif en ce qui concerne les effets du contrat ⁴, en ce sens que les effets remontent au moment où l'acceptation a été expédiée.

Dès lors, sera admis comme lieu de la formation du contrat celui d'où la déclaration d'acceptation a été expédiée ⁵, car c'est de ce moment que les effets du contrat prennent leur efficacité. Ainsi donc, pour le plus grand nombre des cas, le lieu de la conclusion du contrat est le domicile de l'acceptant.

¹ Cassation française, janvier 1923, D.P. 1923, I, 176.

² Req. 21 mars 1932, D. 1933, I, 65.

³ Oser, rem. 6, ad. art. 10.

⁴ Art. 10 du C.O.

⁵ Von Tuhr, I, p. 169 ;

T.F. 38, II, p. 519, Schnitzer F.J.S. No 940, p. 3.

b) *Loi applicable à la conclusion du contrat*

Les théories les plus diverses ont été soutenues pour soumettre la conclusion du contrat à une loi déterminée.

Certains auteurs ont voulu appliquer purement et simplement la loi du lieu de la conclusion du contrat.

D'autres au contraire veulent de préférence mettre en action la loi qui ressort de la volonté des parties.

D'autres encore, préconisent la loi du lieu d'exécution, celle du domicile, la *lex fori* ou, enfin, celle qui est en rapport étroit avec le rapport juridique.

Chaque pays, selon sa jurisprudence propre, avance l'une ou l'autre de ces lois très variées, pour trancher la question de la loi applicable à la naissance et à la conclusion du contrat aussi bien qu'à ses effets, afin que tous les rapports juridiques découlant du contrat soient soumis à une loi unique¹.

En droit suisse, contrairement à certaines jurisprudences étrangères, notamment la jurisprudence anglo-saxonne, on distingue deux lois² :

1) La loi du lieu de la conclusion du contrat qui est exclusivement appliquée aux questions relatives à la naissance du dit contrat³, comme le dit Oser :

« D'après la jurisprudence constante du T.F., le droit du lieu de la conclusion doit être appliqué exclusivement à toutes les questions relatives à la formation du contrat, sans qu'une importance quelconque soit accordée à la volonté des parties pour la détermination du droit compétent »⁴.

¹ Schnitzer, FJS, No 904, p. 6.

² Schnitzer, op. cit. p. 6.

³ TF, 44, II, 280 (JDT 1919, I, 79) ; 46, II, 493 (JDT 1921, I, 147) ; 49, II, 73 (JDT 1923, I, 610) ; 50, II, 282 (JDT 1925, I, 64) ; 59, II, 398 (JDT 1934, I, 51).

⁴ Oser et Schönenberger, Introduction générale, No 71, p. 64.

2. La loi offrant le rapport local le plus étroit avec le rapport juridique, qui règle, en principe, les effets du contrat, mais non sa naissance¹.

c) *Le lieu d'exécution*

Le lieu de l'exécution du contrat n'est pas forcément celui de la conclusion. Il peut, bien entendu, être fixé par une entente entre les parties ; sinon, il faut recourir aux dispositions de l'article 74 du C.O.

d) *Loi applicable aux effets et à l'exécution du contrat*

En droit suisse, comme nous venons de le voir brièvement, la loi applicable à l'exécution et aux effets du contrat est, en dehors du cas d'accord des parties, celle qui a le contact le plus étroit avec le contrat.

Bien entendu, on peut distinguer les principes suivants dans la recherche de la loi applicable :

Premièrement : appliquer la loi expressément choisie par les parties.

Deuxièmement : à défaut de stipulation expresse, appliquer la loi à laquelle les parties auraient soumis normalement le contrat, si elles avaient réglé cette question.

Cette dernière loi est celle qui présente les rapports les plus étroits territoriaux et juridiques avec le contrat passé par les parties. Ordinairement, cette loi est celle du lieu où l'obligation doit être exécutée.

¹ TF. 62, II, 294 ; 60, II, 300 ; 61, II, 182 ; 61, II, 248 ; 63, II, 44 ; 63, II, 307 ; 63, 385 ; 65, II, 80 ; 65, II, 170 ; 67, II, 181.

L'application de la loi ayant le rapport local ou territorial le plus étroit avec les effets du contrat est aujourd'hui constante dans la jurisprudence du TF., il ne fait plus mention de la volonté présumée des parties. (Schnitzer, FJS, No 940, p. 5).

Par. 4 - *Quant à nous, nous considérons comme lieu de la conclusion du contrat celui d'où l'acceptation a été expédiée.*

Nous en donnerons les raisons à propos du système que nous soutiendrons, en ce qui concerne le moment et le lieu de la formation du contrat.

Section 7 : La discussion sur les divers systèmes proposés

Nous estimons que l'on doit admettre la théorie de l'expédition en ce qui concerne le moment et le lieu de la formation des contrats par correspondance.

Cette théorie est en parfaite harmonie avec le caractère objectif des contrats, puisque nous savons que le contrat est l'accord de deux volontés dans un but commun et, de plus, elle est parfaitement logique.

Dès que ces deux volontés se sont rencontrées, dès qu'il y a co-existence entre elles, le contrat est parfait et produit ses effets.

Exemple : « A » fait une offre à « B » ; l'offre chemine vers « B » ; « A » garde la faculté de retirer son offre, sous condition, bien entendu, que le retrait arrive avant ou en même temps que l'offre.

Disons que « B » accepte ; tant qu'il garde la lettre, il a la volonté d'accepter, mais cette volonté n'a aucune valeur juridique, car elle reste interne ; mais au moment où « B » met la lettre ou le télégramme d'acceptation à la poste ou au télégraphe, il se dessaisit de son acceptation et, par ce fait même, le contrat prend alors naissance. A cet instant, les volontés de « A » et de « B » se sont réellement rencontrées sur un même point, un même désir.

La solution est identique en matière de contrats entre présents. Supposons que les parties se rencontrent effectivement ; elles sont en face l'une de l'autre. Le contrat ne sera-t-il pas formé au moment où « B » aura dit « J'accepte », c'est-à-dire au moment où sa volonté se sera accordée à celle de « A » ?

On a prétendu que ce dessaisissement de l'acceptant n'est qu'apparent ; que l'acceptant ne s'est pas tout à fait dessaisi de son acceptation ; que, lorsqu'il a mis sa lettre d'accord (ou son télégramme) à la poste, il peut la reprendre tant qu'elle n'est pas partie ¹.

Nous ne sommes pas d'accord avec cette thèse qui invoque une situation tout à fait exceptionnelle et nous croyons, qu'en dehors de la lettre d'acceptation, d'autres circonstances peuvent établir que l'offre a été acceptée, puis rétractée. En voici quelques-unes exposées à titre d'exemples :

a) Les démarches faites par l'acceptant auprès de l'administration des postes pour rentrer en possession de sa lettre, permettront de prouver que l'acceptant, le marché une fois accepté, a changé d'avis.

b) Le fait que le destinataire de l'offre s'est adressé à un tiers pour chercher à revendre les marchandises qu'on lui avait proposé d'acheter amènera à la même conclusion.

A notre avis, il n'est pas nécessaire que l'offrant prenne connaissance de la lettre d'acceptation pour que le contrat produise ses effets ; cela n'a pas d'importance. La seule question déterminante est de savoir si les deux correspondants sont tombés d'accord. Cette condition remplie, le contrat est formé.

D'ailleurs, comme nous l'avons dit déjà, le seul fait de remettre la lettre d'acceptation à la poste est tout à fait suffisant pour prouver la manifestation de volonté de l'acceptant. A ce moment-là, cette volonté n'est plus interne ; celui qui se dessaisit volontairement de l'expression écrite de sa volonté a bien conscience que, par ce dessaisissement même, il s'oblige envers l'offrant. Le fait qu'il puisse ensuite reprendre sa lettre d'accord ou révoquer son acceptation n'y change rien.

A l'appui de la théorie de l'expédition, il faut dire que, dans la pratique, elle semble bien être la seule théorie qui, dans la mesure du possible, évite les contestations de fait.

¹ Art. 389 de l'Instruction générale sur les services des Postes, en France et art. 28 de la loi fédérale sur le service des Postes.

Elle permet de fixer avec précision la date de formation du contrat et celle depuis laquelle il se réalise, c'est-à-dire produit ses effets. Elle évite les risques de contestations sur le jour de la réception. Elle permet de juger facilement si la réponse à l'offre a été formulée et expédiée en temps utile. Le moment précis où une acceptation a été expédiée est très simple à déterminer par la date du timbre postal et l'heure de consignation de la dépêche.

De plus, comme c'est l'offrant qui détermine, implicitement, par son offre, le moyen par lequel la réponse doit lui être communiquée, il semble plus équitable que ce soit à lui de supporter les risques inhérents au moyen de communication choisi. Il serait illogique que l'acceptant, qui a fait tout ce qu'on lui demandait, perde le bénéfice d'un contrat parce que l'offrant a choisi comme moyen de transmission pour la déclaration de volonté, un moyen impropre.

En outre, on ne doit pas oublier non plus que le principe de l'expédition est le plus largement suivi dans les législations en vigueur. Nous pouvons citer, à titre d'exemples :

1) La Cour de Cassation française¹, qui, après un long temps d'hésitations, a considéré et admis ce système comme le plus raisonnable pour fixer le moment et le lieu de la formation du contrat par correspondance.

2) Le Droit des obligations suisse, qui, bien qu'il se rallie au système de la réception, en ce qui concerne le moment de la perfection du contrat, se réfère par contre au système de l'expédition pour fixer, par rétroactivité, la date dès laquelle le contrat produit ses effets et le lieu de la formation de ce contrat.

3) Le Comité des experts de l'Institut international de Rome¹ qui a préconisé le système de l'expédition, estimant qu'il donnerait les meilleurs résultats pratiques. On doit recon-

¹ Req. 21 mars 1923, D. 1923, I, 65.

¹ Du moment et du lieu de formation des contrats par correspondance en Droit international privé, par Jacques de Visscher, p. 89. (Revue de Droit international belge, 1938).

naître encore que, dans milieux commerciaux mondiaux, dans leur grande majorité, les commerçants mettent déjà en pratique cette méthode dans l'accomplissement de leurs propres affaires.

Il apparaît nettement, dans notre hypothèse, qu'il faut considérer comme lieu de formation du contrat celui d'où l'acceptation est envoyée.

CHAPITRE VI

La preuve des contrats par correspondance

Nous avons encore à examiner si la correspondance échangée entre les parties contractantes fait la preuve des contrats passés entre elles.

La question n'est pas résolue par le Code civil français, d'autant plus que certains textes de ce code contestent même la validité des contrats par correspondance.

En revanche, ce point est fixé d'une façon précise par le Code de commerce français qui admet la preuve d'un contrat par la correspondance ¹.

En Suisse, la preuve n'est soumise à aucune forme spéciale et, en général, un contrat conclu par correspondance peut se prouver par cette correspondance même.

Nous allons traiter la question de cette preuve dans les trois sections ci-dessous

Section 1 : La preuve des contrats par correspondance en droit civil français

La doctrine française n'admet pas à l'unanimité la validité de la preuve du contrat par correspondance ².

Elle est divisée en deux clans sur ce sujet. L'un estime que la correspondance ne fait jamais preuve du contrat passé entre

¹ Art. 109, C. comm. français.

² Geny, II, 22.

les parties ¹ tandis que l'autre, beaucoup plus important, puisqu'il comprend la majorité de la doctrine, conteste cette opinion et admet que le contrat formé par la correspondance peut se prouver par elle.

Par. 1 - *Première opinion*

Les partisans de cette doctrine prétendent donc que la correspondance ne fait jamais preuve du contrat passé entre les parties. A l'appui de leur idée, ils fournissent les arguments suivants :

a) Tout d'abord, l'article 1325 du Code civil français, aux termes duquel les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables que s'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il en résulte que les lettres échangées entre les parties ne pourront jamais prouver des conventions synallagmatiques.

« Les formes de cet article sont incompatibles avec la correspondance » ².

b) Ensuite, l'article 1985 du Code civil français, dont il ressort que la production des lettres est un mode spécial au contrat de mandat et que l'on ne doit pas l'étendre à toutes les autres conventions.

c) Ils prétendent enfin pour asseoir leur opinion que, malgré le silence du code, au titre de la preuve ³ en ce qui concerne la correspondance, on ne peut pas admettre une preuve par les écrits échangés. L'article 1316 du Code civil français ne parle pas de lettres, tandis que l'article 109 du Code de commerce en fait état. Les partisans de cette opinion estiment en fin de compte que la correspondance est un mode de preuve en droit commercial mais non en droit civil.

¹ Touiller, Droit civ. français, t. VIII, No 325.

Laurent, Principes de droit civil, t. XIX, No 224, p. 243.

L. Guénée, note au D.P. 1900, I, 450.

² Laurent, Principes de droit civil, t. XIX, No 224.

³ Chapitre VI du Code des obligations.

Par. 2 - *Deuxième opinion*

Les auteurs partisans de cette opinion ¹ soutiennent que les lettres ne sont pas des actes. L'acte en général, et particulièrement l'acte sous seing privé est un écrit dressé tout spécialement en vue de constater un fait juridique, en l'occurrence, après la conclusion d'un contrat pour, éventuellement, servir de preuve entre les parties en cas de contestation.

Les lettres, au contraire, sont des écrits privés, rédigés et signés par chacune des parties séparément. Leur rédaction précède la formation du contrat ; elle ne sont pas considérées comme agents de formation ; leur but est de préparer et d'amener la conclusion d'un contrat. D'ailleurs l'article 109 du Code de commerce et l'article 1985 du Code civil français établissent une nette différence entre la correspondance et les actes sous seing privé, montrant ainsi que ce sont deux modes de preuves totalement différents ². Le résultat théoriquement est que l'article 1325 du Code civil français n'est pas applicable à la correspondance.

Pour cette deuxième objection, ils font valoir que le mandat était, lors de la rédaction du Code civil français en 1804, l'un des rares contrats qui, dans la pratique, se concluait par correspondance. Quant à l'objection selon laquelle la correspondance ne peut être retenue comme mode de preuve, ils admettent bien le silence du Code civil à ce sujet ; mais, selon eux, ceci confirme l'interprétation qu'ils ont donnée de l'article 1985, d'après laquelle, au moment de la rédaction du code en 1804, le législateur français n'avait pas songé, en dehors du mandat, aux contrats par correspondance ³.

¹ Demolombe, XIX, No 663 et 664, p. 577 et ss.

Huc, t. VIII, No 256 bis, p. 320 et ss.

Girault, Traité des contrats par correspondance, No 141, p. 208 et ss.

Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t. III, No 64, p. 71.

Dourdin, De la preuve des contrats par correspondance, p. 17 et ss.

Aubry et Rau, t. XII, par. 760 ter., p. 295.

² Lyon-Caen et Renault, Précis de droit commercial, I, par. 611.

Aubry et Rau, t. XII, par. 760, p. 296.

³ Planiol, t. II, No 107, p. 41.

Logiquement, il ne pouvait pas — pour cause ! — mentionner la correspondance parmi les modes de preuve des conventions. D'ailleurs, prétendent encore les partisans de cette opinion, le législateur français parle de l'acte authentique et de l'acte sous seing privé, mais il n'exclut pas la correspondance.

Le Code civil français ayant omis de prévoir le cas spécial des contrats conclus par correspondance, laisse le soin de la preuve de ces contrats aux dispositions du droit commun. Les auteurs considèrent alors que les lettres renfermant exactement l'expression de la volonté des parties peuvent, en principe, être admises par le juge pour faire preuve complète de la convention qu'elles constituent ¹.

Aubry et Rau ont résumé les divers points de cette opinion avec leur habituelle précision, dans les termes suivants :

« La loi, n'ayant pas déterminé le degré de foi attaché aux lettres missives, l'appréciation en est, par cela même, abandonnée à la conscience et aux lumières du juge, qui est autorisé soit à les considérer comme faisant preuve complète, soit à n'y voir qu'un commencement de preuve par écrit. Il peut même les rejeter comme dénuées de toute force probante et cela, non seulement au cas où elles sont invoquées par des tiers, mais même dans celui où elles sont produites par le destinataire » ².

Disons en passant, que quelques auteurs : Baudry-Lacantinerie et Barde ³, Planiol ⁴, Valéry ⁵, Geny ⁶, tout en admettant la preuve d'un contrat par correspondance échangée entre les parties, estiment que cette correspondance renferme, le plus souvent, un aveu extra-judiciaire qui, étant exprimé par écrit, ne comporte d'une part comme mode de preuve, aucune des restrictions de l'article 1341 du Code civil, rappelé par l'ar-

¹ Demolombe, t. XIX, No 663, p. 578.

Aubry et Rau, XII,, par. 760, p. 295.

² Aubry et Rau, XII,, par. 760, p. 295.

³ Obligations, IV, 2me partie, No 2472, p. 185.

⁴ Traité élémentaire, 1909, No 108, p. 41.

⁵ Valéry, No 271 et 272, p. 251-252.

⁶ Geny, Des droits sur les lettres missives, II, 14.

Voir aussi Naquet : Note sous Req. 27 mars 1900, s. 1902, I, p. 123.

ticle 1355, sans encourir d'autre part, les exigences imposées à certains actes sous seing privé. D'après eux, cette simple observation soustrait les missives à l'objection tirée de l'article 1325, tout en leur assurant une force probante indépendante de l'intérêt qu'elles sauvegardent.

Par. 3 - *Force probante de la correspondance*

Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, le Code civil français ne parle pas de la correspondance parmi les modes de preuve énumérés dans son article 1316 et il ne règle pas les degrés de force probante de la correspondance.

La majorité de la doctrine et la jurisprudence françaises estiment toutes deux que ce point doit être laissé à l'appréciation des juges¹. D'après cette doctrine, les juges auront à apprécier souverainement la valeur probante des lettres produites devant eux. Ils pourront, suivant les circonstances, soit les rejeter totalement, soit les admettre comme faisant preuve entière, soit les considérer comme faisant seulement un commencement de preuve par écrit. La Cour de Cassation admet également ce système et laisse le soin aux juges d'apprécier librement².

Si la correspondance présentée au Tribunal contient tous les éléments nécessaires d'un contrat, le juge doit admettre qu'elle fait preuve complète de la convention.

En cas contraire, si elle ne renferme pas les éléments indispensables à un contrat, elle ne peut tout de même pas être pour cela rejetée purement et simplement par le juge. Il peut s'y trouver un commencement de preuve par écrit suivant l'article 1347 du Code civil français³ selon les circonstances de chaque cas considéré en particulier.

¹ Demolombe, Des contrats, t. XIX, No 663, p. 578; Huc, VIII, p. 318. Dourdin, p. 17; Aubry et Rau, t. XII, par. 760 ter, p. 295.

Larombière, t. IV, sur l'article 1325, No 44.

² 7 août 1900. D.P. 1900, I, 458.

³ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, IV, No 2583, p. 256. Aubry et Rau, XII, par. 760, p. 296, Geny, II, p. 48.

Enfin, si la correspondance n'a aucune valeur, le juge doit lui refuser toute force probante. Ainsi, une lettre d'offre isolée ne prouve rien, puisque rien n'indique que l'offre a été acceptée.

Il faut ajouter que, dans un contrat unilatéral, si on présente une lettre seulement, à condition qu'elle émane de la personne qui s'oblige, elle fait preuve complète. Dans de semblables contrats, une seule des parties s'oblige ¹. Il se pose alors ici la question de savoir entre quelles personnes les lettres missives font preuve.

Le plus souvent, les lettres missives seront opposées par celui qui les a reçues à celui dont elles émanent. C'est dans ce cas particulier, qu'une lettre, d'après son contenu, obtient le maximum de valeur probante, soit comme aveu, soit à titre de commencement de preuve par écrit ².

Une lettre écrite par le scripteur lui-même ne fait pas preuve pour celui-ci. Selon le principe généralement admis, nul ne peut constituer un titre probatoire à soi-même mais il est de pratique absolument courante que chaque partie complète les lettres émanant de son adversaire par celles qu'elle-même a adressées à ce dernier, de façon que la preuve alléguée ressorte clairement de cet ensemble de lettres échangées, ensemble qui peut seul à notre avis constituer à proprement parler une correspondance par lettres ³.

La question de savoir si l'une des parties peut invoquer des lettres écrites par son adversaire à un tiers est controversée en France.

D'après Gény, on doit affirmer que, dans ce cas, la lettre apparaît comme un aveu extraordinaire dont l'efficacité probante doit être laissée à l'appréciation des juges. A défaut d'a-

¹ Planiol, II, No 108, Cassation, Req. 6 février 1928, D. 1938, I, p. 149, note de Gabolde.

² Gény, II, p. 51 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, No 2586, p. 258 et ss.

³ Gény, II, p. 51, Orléans, 9 août 1893, Gaz. pal. 1893, II, 360.

Baudry-Lacantinerie et Barde, IV, p. 258 et ss.

Lyon-Caen et Renault, t. III, No 64, p. 71.

veu suffisant, il sera peut-être possible d'y découvrir un commencement de preuve par écrit, suivant l'article 1347 ¹.

La majorité de la doctrine française estime en revanche que l'une ou l'autre des parties ne peut pas invoquer les lettres qu'elle-même a écrites à un tiers ².

Les parties ne disposent pas non plus de la liberté de se référer à des lettres écrites par des tiers, lettres qui contiennent des énonciations se rattachant au procès. La doctrine et la jurisprudence sont presque unanimes à ce sujet ³.

Par. 4 - *Les conditions à remplir par les correspondances pour qu'elles soient admises en justice*

Nous l'avons déjà remarqué, d'après la doctrine et la jurisprudence françaises, la correspondance peut faire preuve des conventions ; mais, pour être admise comme moyen de preuve, la correspondance doit remplir certaines conditions.

Comme à ce sujet, le Code civil français est muet et ne fait pas mention de la correspondance comme mode de preuve, nous sommes obligés de rechercher ces conditions dans la doctrine et la jurisprudence.

Suivant celles-ci, pour faire foi en justice, une correspondance doit satisfaire aux conditions suivantes :

a) Elle doit émaner de celui à qui on l'oppose ⁴. La lettre présentée au Tribunal devra être reconnue volontairement par son auteur.

Peu importe que la lettre soit écrite en langue étrangère ou en signes conventionnels adoptés par les parties à condition bien entendu, que son sens exact puisse être connu.

¹ Géný, II, p. 52.

² Aubry et Rau, t. XII, par. 760 ; Baudry, t. VI, p. 257.
Géný, t. II, p. 53.

³ Cassation, 6 janvier 1891, Gaz. pal. 1891, I, p. 90.

⁴ Bonnetcarre et Laborde, Lacoste, p. 354.

Cassation, Req. 7 janvier 1896. D.P. 1896, I, p. 135.

Il n'est pas nécessaire que la lettre soit écrite de la main de son signataire. Elle peut l'être par un secrétaire ou par une machine à écrire.

Elle n'a pas besoin non plus d'être datée ¹.

b) La lettre doit porter la signature de son auteur.

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence françaises exigent que la lettre produite en justice soit signée par son auteur ². En général, et c'est valable pour tous les documents, un acte n'a aucune valeur juridique s'il ne porte pas de signature manuscrite par son auteur ³, étant donné que la signature est la dernière approbation donnée à un écrit par celui qui en est l'auteur.

La signature manuscrite au bas d'une lettre est constituée par le nom et le prénom de son auteur écrit par lui-même ⁴.

Obligatoirement, il résulte d'une lettre non signée ou signée par un tiers à qui son auteur l'a dictée, ou une lettre qui ne contient qu'à son début le nom de son auteur, par exemple : un en-tête imprimé, ou encore une lettre dont la signature est tapée à la machine ou est illisible, n'a pas de valeur.

Cependant, Valéry déclare :

« Si le papier de la missive est revêtu d'un en-tête ou d'un cachet appartenant à son expéditeur supposé, ou bien si ce dernier a l'habitude bien connue de se servir d'une griffe donnant une empreinte identique à celle dont on veut se prévaloir, ce sont là des éléments suffisants pour communiquer à ce document la valeur d'un commencement de preuve par écrit » ⁵.

¹ Ripert, t. II, p. 148.

² Valéry, par. 330.

³ Ripert, t. II, p. 148.

Bourges, 21 novembre 1871, D. 1872, II, 46.

Le droit commercial français admet la signature par l'apposition d'une griffe, mais cela tient à la liberté des preuves en matière commerciale. (Cassation, Req. 11 mai 1915, D. 16, II, 283).

⁴ Avis du Conseil d'Etat, 1er avril 1808.

⁵ Valéry, p. 276.

Valéry estime que l'on doit assimiler à un commencement de preuve la lettre entièrement imprimée, y compris la signature.

Il estime encore qu'une lettre qui porte au lieu de signature, un nom, par exemple : le nom de baptême, un sobriquet ou l'indication d'un lien de parenté — « ton frère » — pourrait, si l'identité de l'auteur n'est pas douteuse, constituer une présomption suffisante pour entraîner la conviction du juge ¹.

Une partie de la doctrine en France va encore plus loin et prétend que la lettre non signée a une force probante à condition qu'elle indique suffisamment clairement la volonté de son auteur, et ce, en disant que la signature n'est pas obligatoire.

Section 2 : La preuve des contrats par correspondance en droit commercial français

L'importance de cette question est beaucoup plus considérable en matière commerciale qu'en matière civile.

La plus grande partie des affaires entre commerçants se traite par correspondance. Le législateur français, tenant compte de la rapidité que réclament actuellement les transactions commerciales et, parallèlement de la confiance obligatoirement nécessaire entre traitants, a édicté des règles spéciales pour faciliter la preuve des contrats par correspondance.

La jurisprudence française, se basant sur les mêmes principes, a confirmé certains des usages généralement de mise entre commerçants, dans le but de laisser à chaque partie, la possibilité de prouver l'existence d'un contrat par correspondance ².

La correspondance figure parmi les divers modes de preuves énoncés par l'article 109 du Code de commerce français.

¹ Valéry, Des contrats par correspondance, p. 276.

² Req. 7 janvier 1896, D.P. 1896, I, 135 ;
Civ. Cass. 25 mai 1870, s. 1870, I, 341 ;
Req. 8 janvier 1906, s. 1909, I, 370.

La doctrine et la jurisprudence sont toutes deux d'accord d'appliquer cette disposition à tous les contrats commerciaux conclus par correspondance ¹.

Egalement ici, le juge a pleine liberté d'apprécier la correspondance qu'on lui présente ; et ici encore, pour que la lettre puisse faire foi en justice, elle doit émaner de celui à qui on l'oppose ².

D'après les usages commerciaux en France, une lettre doit être signée pour faire foi en justice. Une lettre sans signature n'a jamais de valeur, même en matière commerciale ³.

Le législateur français, pour faciliter la preuve des contrats conclus entre commerçants, a exigé que chacun d'eux tienne des registres sur lesquels seront inscrites toutes les correspondances. Ces registres doivent évidemment être régulièrement tenus à jour pour faire preuve entre commerçants, de faits de commerce.

C'est pourquoi l'article 8, alinéa 2 du Code de commerce français impose à chaque commerçant l'obligation de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit et de copier sur un registre celles qu'il envoie ».

La copie de lettres revêt une grande importance dans le commerce car les contrats pour la grande majorité se traitent et se concluent par la correspondance ⁴.

L'article 8 du Code de commerce, par les dispositions qu'il impose, rend grand service aux commerçants dans les cas où des différends surgissent entre eux.

Si l'une des parties traitantes ne réussit pas à produire pour étayer ses revendications ou pour se défendre, les lettres qu'elle a reçues ou la copie de celles qu'elle aurait éventuellement

¹ Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, IV, No 2279, p. 7 ;

Bonnecarre et Laborde-Lacoste, p. 351 ;

Colin et Capitant, II, No 447, p. 421 ;

Escarra, Manuel de droit commercial, II, No 986, p. 582.

² Cassation, Req. 7 janvier 1896, D.P. 1896, I, 135 ;

Escarra, II, No 988, p. 584 ; Bonnecarre et Laborde-Lacoste, p. 354.

³ Bourdin, p. 48.

⁴ Bonnecarre et Laborde-Lacoste, No 833, p. 354.

envoyées, elle se trouverait alors dans une position défavorable. La jurisprudence française accorde même aux Tribunaux le droit de n'accorder aucune confiance aux lettres des commerçants ne figurant pas dans leurs copies de lettres ¹.

Celui qui a reçu une lettre n'est pas, bien entendu, obligé de la produire ; il n'en reste pas moins que la copie de cette lettre, sur le registre de la correspondance de l'expéditeur, peut faire la preuve de l'origine et de la destination de cette missive.

La preuve de la date peut résulter de l'apposition du timbre de la poste ² au moment où la lettre a été expédiée.

Les commerçants ont coutume en France, pour parer aux risques de perte de lettres et aux désavantages qui en découleraient, d'accuser réception des lettres qu'ils ont reçues antérieurement de leur correspondant et se rapportant à la même affaire ou de confirmer leurs propres lettres si elles n'ont pas provoqué de réponse.

Réciproquement, la correspondance de chacune des parties est ainsi liée à l'autre comme les maillons d'une chaîne et il devient de cette façon très facile pour les contractants de remédier aux conséquences souvent désastreuses de la perte d'une lettre pendant la négociation d'une affaire.

En effet, chaque partie possède un sûr moyen de prouver que ses propositions ont bien été portées à la connaissance de l'autre partie. La preuve des contrats par correspondance se trouve ainsi singulièrement simplifiée.

Section 3 : La preuve des contrats par correspondance en droit suisse

Il résulte des dispositions du C.O. que les contrats peuvent se conclure par correspondance ³.

Mais les contrats eux-mêmes peuvent-ils aussi se prouver par correspondance ?

¹ Cassation française, 5 mai 1858, D. 1858, I, p. 209 ; 20 février 1874, D. 1876, I, p. 324.

² Boistel et Massé, Droit commercial, IV, No 2461.

³ Art. 3 et 5 C.O.

En droit suisse, la preuve des contrats par correspondance, dépend en définitive, des procédures cantonale qui diffèrent selon chaque canton. Le législateur suisse, inspiré par le droit allemand, ne parle pas du mode de preuve dans le C.O. Il a laissé cette tâche aux cantons, sous réserve des articles 8 et 10 du C.C.S.¹ ou dispositions spéciales du C.O.

D'une façon générale, on peut dire que la procédure est orale dans les cantons de Suisse alémanique et écrite dans les cantons romands et la Suisse italienne.

En ce qui concerne la preuve du contrat, il y a une différence essentielle entre la Suisse et la France.

En France, comme nous l'avons vu, la preuve ne peut être rapportée que par les pièces signées de l'adversaire (passé une certaine valeur litigieuse)², tandis qu'en Suisse, la preuve est libre et peut résulter de témoignages, serments, dépositions, etc.

Dans tous les cas, le juge apprécie librement la valeur probante des pièces produites ainsi que des autres preuves fournies.

Quant aux divers modes de preuves admissibles et à la procédure administrative, ce sont des questions qui sont réglées par des lois cantonales qui diffèrent sensiblement les unes des autres.

Devant le Tribunal fédéral, la procédure est régie par la loi fédérale sur l'organisation judiciaire et la loi fédérale sur la procédure civile.

Il n'existe pas de règles précises communes à toute la Suisse, sur le devoir de produire des pièces et la manière de les apprécier. C'est pourquoi dans le présent travail, qui est une étude de droit privé, nous ne traitons pas ces matières davantage.

¹ L'art. 8 CCS : « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ».

L'art. 10 CCS : « La loi cantonale ne peut faire dépendre de formes spéciales la preuve des droits et des obligations dont la validité n'est subordonnée à aucune forme par la législation fédérale ».

² Art. 1341 C.C.F.

CONCLUSIONS

Pour résumer les points de vue successifs que nous avons présentés, développés et soutenus sur les diverses questions discutées dans notre thèse, nous terminerons en disant que les solutions suivantes nous apparaissent comme les plus logiques et les plus équitables, juridiquement parlant.

Question 1 — *L'offre doit-elle être maintenue pendant un délai raisonnable ?*

Nous estimons que, pour des motifs pratiques tirés de la sécurité indispensable aux transactions commerciales et de la confiance réciproque qui devrait tout naturellement être de mise entre ceux appelés à traiter des affaires commerciales, la préférence doit être donnée au système adopté par la législation suisse : l'offre doit être maintenue pendant le temps normalement nécessaire au correspondant — temps de réflexion — pour préparer et expédier sa réponse.

Ce principe, pensons-nous, doit être admis aussi bien pour l'offre accompagnée d'un délai que l'offre pure et simple.

C'est le système adopté par le C.O., tandis qu'en cette matière, la jurisprudence française n'oblige l'offrant, en ce qui concerne la majorité dominante, que pour l'offre accompagnée d'un délai.

La théorie française présente ici une importante lacune à laquelle il serait très désirable que la jurisprudence de ce pays remédie. En effet, rationnellement, l'offre doit être considérée

comme comprenant une promesse formelle unilatérale, non seulement d'exécuter le contrat proposé si l'autre partie accepte, mais encore de maintenir l'offre pendant le temps régulièrement nécessaire à la partie co-contractante pour examiner attentivement la proposition afin qu'elle puisse donner sa réponse en toute connaissance de cause.

Cette obligation est tout à fait indépendante du contrat lui-même et existe, à notre sens, du seul fait que l'offrant manifeste le désir de contracter en une volonté unilatérale.

Le système imaginé par Worms sur ce point nous semble justifié en théorie ; il est très près des réalités pratiques dont il tient raisonnablement compte. La seule objection positive qui pourrait être relevée contre lui, du point de vue strictement juridique, réside dans le fait qu'il n'y a aucune promesse expresse de l'offrant, dans le cas d'offre non accompagnée d'un délai.

Il semble qu'une promesse semblable résulte déjà sans autre des circonstances et, notamment, du seul fait qu'une offre ait été formulée. D'autre part, si l'offrant se soumet, en tout cas implicitement, aux coutumes commerciales et usages établis dans chacun des pays où le commerce tient une place importante, son offre renferme tout naturellement l'obligation de son maintien et comprend également la promesse de ne pas la rétracter durant un délai raisonnable.

En France, le droit commercial, tout au moins dans sa jurisprudence, reconnaît cette obligation. Nous pensons que le droit civil français pourrait progresser dans cette voie et justifier par la promesse unilatérale l'obligation de maintenir l'offre.

Par conséquent, suivant en cela un raisonnement déductif, nous admettons que la survenance d'une incapacité naturelle ou juridique — maladie, mort, etc. — n'influe pas sur la validité de l'offre en sorte que l'acceptation lie les héritiers ou le représentant légal.

Question 2 — *L'acceptation peut être expresse ou tacite*

La jurisprudence française et le droit positif suisse ont tous deux arrêté qu'une acceptation peut être expresse ou tacite et nous sommes absolument d'accord avec eux.

L'acceptation expresse ne présente aucune difficulté ; quant à l'acceptation tacite, elle peut résulter d'actes concluants et même du silence.

Pour qu'un acte, soit d'exécution, soit probant, puisse être considéré comme une acceptation dans un contrat par correspondance, il est nécessaire, bien entendu, que cette exécution ou cet acte décisif et concluant puisse être effectué à distance : paiement, commande, exécution, etc.

Le silence, par contre, ne doit pas, en principe, être considéré comme une acceptation ; il en est cependant autrement lorsqu'il ne peut indubitablement avoir d'autre signification.

Question 3 — *Moment de la conclusion et lieu de formation du contrat*

Le développement et l'étude de ce point dans notre thèse nous conduit, en définitive, à estimer que la théorie de l'expédition est, plus que les autres, susceptibles de donner aux relations commerciales la sécurité et la stabilité dont elles ont précisément besoin.

En effet, seul ce système permet de fixer avec certitude le moment et le lieu de la conclusion du contrat.

De plus, cette théorie se trouve en parfaite harmonie avec le caractère objectif du contrat. Ce dernier existe dès que les deux volontés — d'offrir et d'accepter — se sont rencontrées et mises d'accord. Avec le système de l'expédition, il y lieu d'admettre — ce qui est conforme aux faits — que cette rencontre est effective dès que l'acceptant se dessaisit de son acceptation, et que celle-ci, de ce fait, échappe à sa maîtrise.

De même que dans un contrat conclu oralement, nous estimons que le contrat par correspondance naît au moment précis où les volontés exprimées, libérées du contrôle des déclarants, se rencontrent pour s'unir dans le même but.

En conséquence, nous ne pouvons logiquement pas autoriser de *lege feranda*, l'acceptant à retirer une acceptation dont il s'est librement dessaisi par remise à la poste ou autre, le contrat se trouvant à cet instant déjà conclu. La sécurité des affaires commerciales exige d'ailleurs une telle solution.

Le fait que l'administration des postes autorise parfois un retrait d'envoi ne change rien à la situation juridique. Celui qui cherche à retirer son envoi est si bien convaincu d'être engagé que précisément il tente de cette façon à laisser l'offrant dans l'ignorance de la formation du contrat.

Le retrait d'une acceptation est une exception qui nous paraît n'avoir aucune raison d'être. Nous pensons bien au contraire, qu'il est injuste d'avantager ou de mettre en meilleure posture celui qui contracte par correspondance en lui permettant d'annuler son accord, alors que celui qui accepte oralement ou par téléphone ne possède plus la latitude de retirer son acceptation. Cette situation pourrait, par exemple, se rencontrer dans le cas où plusieurs personnes ont accepté à la même heure, mais ont transmis leurs décisions par des voies différentes, soit téléphone, télégramme ou simple lettre. Certaines, parce qu'elles ont choisi un moyen de transmission plus lent pourraient éventuellement retirer leur acceptation, alors que les autres ne peuvent plus le faire.

Donc, à notre avis, le contrat est conclu formellement dès le moment de l'expédition de l'acceptation.

De même, le lieu de la conclusion du contrat sera celui de l'expédition.

Si le contrat est formé tacitement ou par acte concluant, nous le tenons comme tel au moment et dans le lieu où cet acte a été exécuté.

Ainsi, en nous référant à notre argumentation, nous disons que la théorie de l'expédition permet de fixer avec certitude et précision les lieux et les moments de la formation du contrat et de sa conclusion.

Question 4 — *Preuve du contrat par correspondance*

La correspondance, selon notre opinion, doit permettre de prouver l'existence du contrat.

Bien entendu, cette question est, en premier lieu, du ressort des diverses procédures suisses et étrangères.

Cette prérogative exceptée, nous estimons que les lettres d'une partie, confrontées avec celles de l'autre, peuvent parfai-

tement fournir la preuve du contrat et de la conclusion de celui-ci.

Cependant, et conformément à tous les principes de procédure, une lettre signée par une des parties ne fait preuve que contre celle-ci, à titre d'aveu extra-judiciaire, et non pas contre l'autre partie adverse.

En ce qui concerne les doubles de lettres produits par l'une des parties en litige(ils n'ont à notre sentiment que la valeur d'une présomption ; cependant, il leur sera donné force de preuve judiciaire, si les parties contre lesquelles ces pièces sont produites ne contestent pas leur validité devant le Tribunal et veulent bien reconnaître les faits qu'elles rapportent ou qu'elles établissent.

TABLE DES MATIÈRES

Bibliographie	5
Abréviations	9
Introduction	11
<i>Chapitre 1 : Définition des contrats par correspondance</i>	13
<i>Chapitre 2 : L'offre</i>	19
<i>Section 1 : Généralités</i>	19
<i>Section 2 : Les conditions de l'offre</i>	19
<i>Section 3 : Invitation à contracter</i>	22
Par. — 1 L'envoi de tarifs, de prix courants et prospectus, de réclames, d'annonces, constitue-t-il une offre ?	22
Par. 2 — La distinction entre l'offre et l'invitation à contracter	24
<i>Section 4 : L'offre est-elle obligatoire ?</i>	30
Par. 1 — Généralités	30
Par. 2 — Solution en droit français	31
Par. 3 — Solution en droit suisse	32
<i>Chapitre 3 : Extinction de l'offre</i>	35
<i>Section 1 : La rétractation</i>	35
<i>Section 2 : L'offre accompagnée d'un délai dans les contrats par correspondance</i>	36
Par. 1 — Généralités	36
Par. 2 — L'offre accompagnée d'un délai en droit français	37

Par. 3 — L'offre accompagnée d'un délai en droit suisse	42
Par. 4 — Conclusion	47
Section 3 : L'offre accompagnée d'un délai dans les contrats par correspondance	48
Par. 1 — Généralités	48
Par. 2 — L'offre non accompagnée d'un délai dans la doctrine et la jurisprudence françaises	48
Par. 3 — L'offre non accompagnée d'un délai en droit suisse	55
Par. 4 — Jurisprudence française et droit suisse comparés	64
Section 4 : Le refus	65
Section 5 : « Influence de la mort ou de l'incapacité de l'offrant » sur le sort de l'offre	67
Par. 1 — La doctrine française	68
Par. 2 — La doctrine suisse	70
Chapitre 4 : L'acceptation	73
Section 1 : Par qui l'acceptation doit-elle être donnée?	74
Section 2 : L'acceptation expresse	77
Par. 1 — Les conditions de l'acceptation expresse	78
Par. 2 — Cas spéciaux	79
Section 3 : L'acceptation tacite	80
Section 4 : L'acquiescement	84
Par. 1 — Généralités sur le silence	84
Par. 2 — Cas spéciaux	86
Section 5 : La rétractation de l'acceptation	91
Chapitre 5 : Le moment et le lieu de la formation du contrat	95
Section 1 : Généralités	95
Section 2 : Importance de la détermination du moment et du lieu de la formation du contrat	96
Par. 1 — Généralités	96
Par. 2 — Importance de la détermination du moment de la formation du contrat en droit français	96

Par. 3 — Importance de la détermination du moment où l'acceptation est expédiée en droit suisse	98
<i>Section 3</i> : Le moment de la formation	99
Par. 1 — Aperçu des divers systèmes	99
<i>Section 4</i> : Le système de la doctrine et la jurisprudence françaises	110
Par. 1 — Les partisans du système de l'information	110
Par. 2 — La théorie de la déclaration	111
Par. 3 — Système de la Cour de cassation française	112
<i>Section 5</i> : Le système du C.O.	114
<i>Section 6</i> : Le lieu de formation des contrats par correspondance	117
Par. 1 — Généralités	117
Par. 2 — Solution du droit français	117
Par. 3 — Solution du droit suisse	118
<i>Section 7</i> : La discussion sur les divers systèmes proposés	121
<i>Chapitre 6</i> : La preuve des contrats par correspondance	125
<i>Section 1</i> : La preuve des contrats par correspondance en droit civil français	125
Par. 1 — Première opinion	126
Par. 2 — Deuxième opinion	127
Par. 3 — Force probante de la correspondance	129
Par. 4 — Les conditions à remplir par les correspondances pour qu'elles soient admises en justice	131
<i>Section 2</i> : La preuve des contrats par correspondance en droit commercial français	133
<i>Section 3</i> : La preuve des contrats par correspondance en droit suisse	135
Conclusions	137

